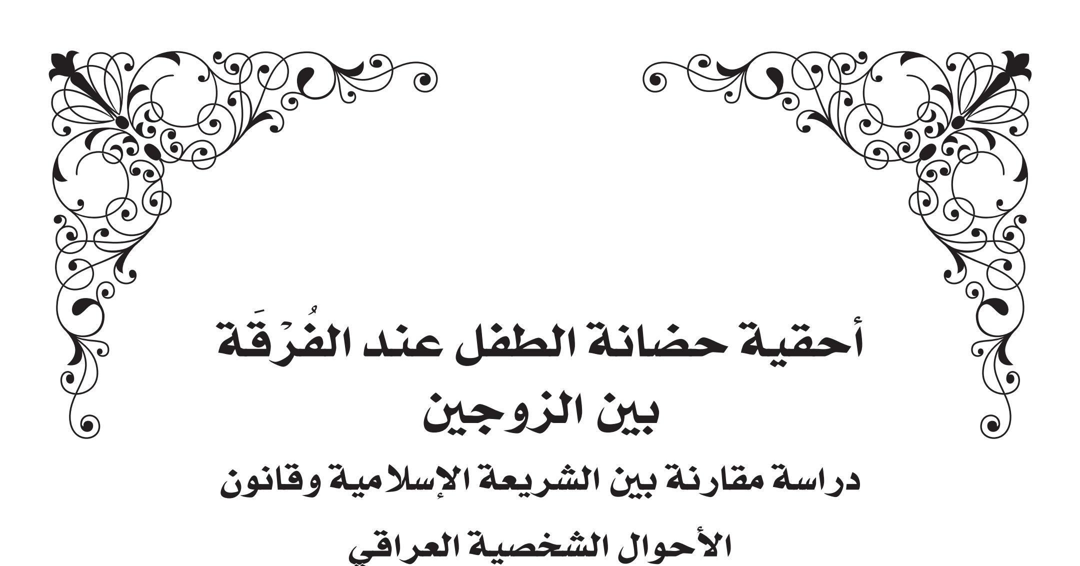


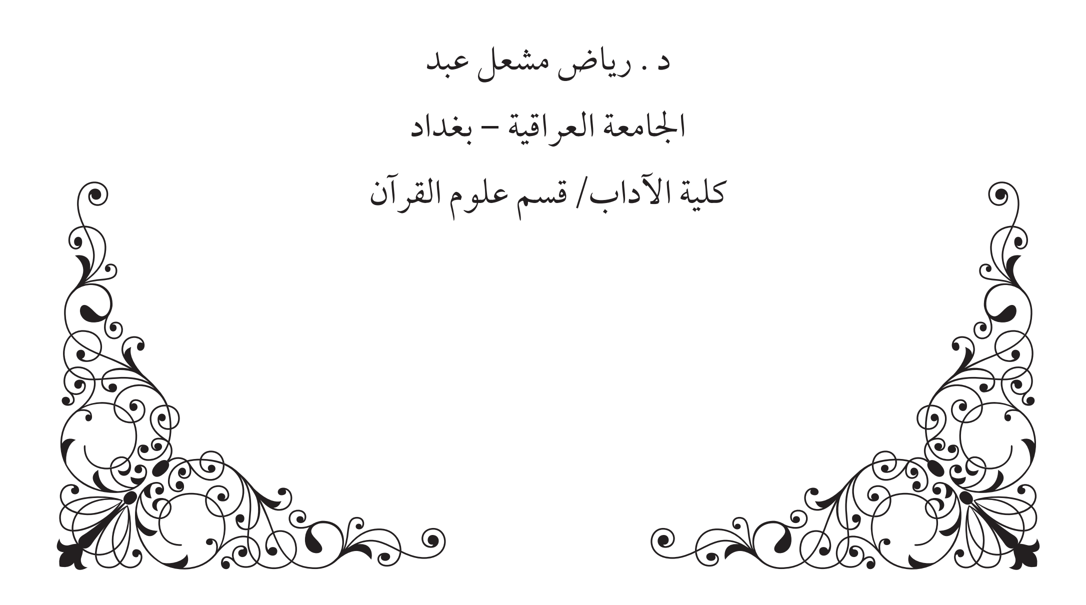
أحقية حضانة الطفل عند الفُرْقَة بين الزوجين

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي

د . رياض مشعل عبد

الجامعة العراقية – بغداد

كلية الآداب/ قسم علوم القرآن



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

أما بعد:

فقد أنعم الله سبحانه وتعالى علينا بالجو الأسري المترابط الذي يكفل للأطفال التنشئة الصحيحة الكريمة، لأن الطفل الصغير يحتاج إلى صبر طويل ورعاية واسعة تحيطه في جميع شؤونه آناء الليل وأطراف النهار، فإذا كان بين أبيه وأمه فإنه ينعم بحنانهما ويرفل في عطفهما فهما إن كانا معا يتعاونان في تربيته وتهذيبه، وكلما قصر أحدهما أكمل الآخر ما نقص، وإن قسا أحدهما رحمه الآخر، ولكن قد يحصل موت لأحد الأبوين أو شقاق بينهما أو سفر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويتنازع كل من الأب والأم ومن بعدهما – إذا لم يوجدا – لضم الطفل إلى حضانته، والعلماء متفقون على أن الأم المطلقة أو الأرملة أحق بحضانة الطفل مالم تتزوج كما سيأتي بيانه في ثنايا البحث، ولكن قد يحدث صراع ونزاع على الأطفال ولمن تكون حضانتهم بعد زواج الأم، مابين الأب أو أقارب الأب المتوفى من جهة وبين الأم المتزوجة من جهة أخرى، وهذه المشكلة قد كثرت في مجتمعنا . ونتيجة لهذه المنازعات تصبح ضحايا المجتمع وهم الأطفال عرضة للتمزق النفسي وحالات الاكتئاب والتي تنعكس سلبا على المجتمع. والطفولة اليوم تعاني مشاكل عميقة وخطيرة، في تربيتها وتنشئتها، فتحتاج إلى تشريعات تحفظها وتحميها وترعاها ومن أهم التشريعات التي أتى بها الإسلام هو موضوع الحضانة التي شرعت لمصلحة الطفل للعناية به ورعايته من مبدأ أمره، فلقد حافظت على سلامة نسبه وتثبيت

هذا النسب لضمان سلامته النفسية والفكرية وتكاليف مادية له وعليه، ثم في مولده والاحتفال به، واختيار أفضل الأسماء له ليتميز به عن غيره، ثم أوجبت توفير المهد الآمن والبيئة السليمة النظيفة، وفرضت له حق المؤونة والرعاية الكافية مع التعليم في جو خالٍ من المخاطر المادية والمعنوية . فعلى البشرية الأخذ بهذه التشريعات حتى تسلم من مشاكل كبيرة ومصائب محدقة كثيرة تتزايد يوما بعد يوم . لذا أردت أن أعطي صورة متكاملة عن حكم حضانة الأم المطلقة أو الأرملة لولدها الصغير بعد زواجها في الشريعة والقانون.

فجاء بحثي بعنوان (أحقية حضانة الطفل عند الفُرْقة بين الزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي) وقد قسمت بحثي هذا على مقدمة و ستة مباحث وخاتمة .

أما المقدمة: فهي توطئة للبحث وسبب اختياري إياه .

وأما المبـحث الأول : أوضحت فيه مفهوم الحضانة والفُرْقة والأحوال الشخصية .

وأما المبحث الثـاني : أوضحت فيه أحقية حضانة الطفل عند الفُرْقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

وأما المبحث الـثالث:أوضحت فيه أحقية حضانة الطفل عند الفُرْقة بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية العراقي .

وأما المبحث الـرابـع: أوضحت فيه أحقية حضانة الطفل بعد الأم سواء ماتت أو نكحت أجنبياً في الشريعة والقانون .

وأما المبحث الخامس: أوضحت فيه شروط ثبوت الحضانة للحاضن في الشريعة والقانون .

وأما المبحث السادس: أوضحت فيه مدة الحضانة وانتهائها في الشريعة والقانون .

وأما الخاتمة: بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث، ثم جعلت بعدها فهرس المصادر والمراجع.

وبعد هذا:

أسال الله تعالى أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم، إنه نعم المولى ونعم النصير .

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المبحث الأول
مفهوم الحضانة والفُرْقة والأحوال الشخصية

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: الحضانة في اللغة

الحضانة: بفتح الحاء وكسرها، مأخوذ من الحِضْنُ:وهو مَا دُونُ الإِبْط إِلى الكَشح، وَقِيلَ:هُوَ الصَّدْرُ والعَضُدان وَمَا بَيْنَهُمَا، وَالْجَمْعُ أَحْضانٌ؛ وَمِنْهُ الاحْتِضانُ، وَهُوَ احتمالُك الشيءَ وجعلُه فِي حِضْنِك كَمَا تَحْتَضِنُ المرأَةُ وَلَدَهَا فَتَحْتَمِلُهُ فِي أَحد شِقَّيْها.

وحُضّانٌ: جمعُ حاضِنٍ لأَن الْمُرَبِّي والكافِلَ يَضُمُّ الطِّفْلَ إِلى حِضْنِه، وَبِهِ سُمِّيَتِ الحاضنة وَهِيَ الَّتِي تُرَبِّي الطفلَ.

وحَضَنَ الطائرُ بَيْضَه إِذا ضَمَّه إِلى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحَيْهِ، وَكَذَلِكَ المرأَة إِذا حَضَنَتْ وَلَدَهَا.

والحاضِنُ والحاضِنةُ: الْمُوَكَّلانِ بالصبيِّ يَحْفَظانِهِ ويُرَبِّيانه[1].

الفرع الثاني: الحضانة في الاصطلاح الشرعي

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الحضانة، إلا أنها متقاربة في المعنى وهي كما يأتي :

١- عرفها الحنفية بأنها: (ضم الأم ولدها إِلَى جَنْبِهَا وَاعْتِزَالُهَا إِيَّاهُ مِنْ أَبِيهِ لِيَكُونَ

(١) لسان العرب:(١٣/ ١٢٢- ١٢٣)، وينظر: تهذيب اللغة: (٤/ ١٢٣) .

عِنْدَهَا فَتَقُومَ بِحِفْظِهِ وَإِمْسَاكِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ)[١].

وعرفها ابن عابدين بأنها:(تَرْبِيَةُ الْوَلَدِ لِمَنْ لَهُ حَقُّ الْحَضَانَةِ)[٢].

٢- وعرفها المالكية بأنها: (حِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيتِهِ وَمُؤْنَةِ طَعَامِهِ وَلِبَاسِهِ وَمَضْجَعِهِ وَتَنْظِيفِ جَسَدِهِ)[٣].

٣- وعرفها الشافعية بأنها: (الْقِيَامُ بِحِفْظِ مَنْ لَا يُمَيِّزُ وَلَا يَسْتَقِلُّ بِأَمْرِهِ، وَتَرْبِيَتِهِ بِمَا يُصْلِحُهُ، وَوِقَايَتِهِ عَمَّا يُؤْذِيهِ، وَهِيَ نَوْعٌ مِنْ وِلَايَةٍ وَسَلْطَنَةٍ)[٤].

٤- وعرفها الحنابلة بأنها: (عِبَارَةٌ عَنْ تَرْبِيَةِ الطِّفْلِ وَحِفْظِهِ، وَجَعْلِهِ فِي سَرِيرِهِ، وَدُهْنِهِ، وَكُحْلِهِ، وَغَسْلِ خِرَقِهِ)[٥] .

٥- وعرفها الزيدية بأنها: (حفظ المولود وتربيته)[٦].

وعرفها الصنعاني بأنها: (حِفْظُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ بِأَمْرِهِ وَتَرْبِيَتُهُ وَوِقَايَتُهُ عَمَّا يُهْلِكُهُ، أَوْ يَضُرُّهُ)[٧].

٦- وعرفها الامامية بأنها: (ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك)[٨] .

(١) بدائع الصنائع: (٤/ ٤٠) .
(٢) حاشية ابن عابدين: (٣/ ٥٥٥).
(٣) التاج والإكليل: (٥/ ٥٩٤)، مواهب الجليل: (٤/ ٢١٤) .
(٤) روضة الطالبين: (٩/ ٩٨) .
(٥) المبدع: (٤/ ٤١٠).
(٦) البحر الزخار: (٤/ ٤٥١) .
(٧) سبل السلام: (٢/ ٣٣٠) .
(٨) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: (١١/ ١٨٣)، وينظر: الروضة البهية: (٥/ ٤٥٨) .

الفرع الثالث: الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم أجد في قانون الأحوال الشخصية العراقي ما ينص على تعريف الحضانة صراحة. إلا أنني وجدت في نصوصه ما يشعر بوجوب مراعاة مصلحة المحضون وتغليبها على مصلحة الأب والأم معا كما في الفقرات (١،٤،٦،٧) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي[1] وهي بهذا تعني: القيام بتربية الطفل وحفظه ورعايته والأشراف عليه والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن لهم الحق في حضانته شرعا.

وهذا ما نص عليه في مقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (رابعا) على أنه يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية: (تربية الطفل، وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا . أو المحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه، ويقيه ما يضره)[2] .

أما الباحثون في الأحوال الشخصية في العراق فلم يبعدوا كثيرا عن هذا التعريف، فقد عرف الدكتور أحمد الكبيسي الحضانة بأنها :(القيام بتربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق في ذلك شرعا)[3] .

وبهذا يتبين لنا أن تعريف الحضانة في القانون لم يختلف كثيرا عما ورد في تعريفات الفقهاء، وذلك لأن الحضانة مما يتفق في مفهومها غالبا، لكونها من الضرورات في رعاية الأولاد والحفاظ عليهم .

ومن خلال ما عرضناه من التعاريف اللغوية والفقهية والقانونية للحضانة، يمكن

(١) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩وتعديلاته، مطبعة عصام- بغداد،الطبعة الخامسة- ١٩٨٩م: (٤٠-٤٢).

(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (التعديل الثاني) المقدمة، رابعا،: (١٣) .

(٣) الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، للدكتور:أحمد الكبيسي: (١/ ٢١٣).

الأخذ بتعريف يأخذ شموليته من هذه التعريفات عموما فيكون معنى الحضانة: مصدر من الفعل حضن، وهي قيام من له الحق بكفالة الصغير أو من هو بحكمه، لأجل حفظه ورعايته وتربيته بما يصلحه وصيانته وكفالته والقيام بمصالحه وتعهده بما يحتاجه من منافع، ويبعده عن الضرر والهلاك حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه.

المطلب الثاني: مفهوم الفُرْقَة

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: الفُرْقَة في اللغة: الفُرْقَة بالضّمِّ مَصْدَرُ الافْتِرَاقِ. قَالَ الأَزهري: الفُرْقة اسْمٌ يُوضَعُ مَوْضِعَ الْمَصْدَرِ الْحَقِيقِيِّ مِنَ الافْتِرَاقِ. وفارَقَ الشيءَ مُفَارقةً وفِرَاقاً: بايَنَهُ، وَالِاسْمُ الفُرْقة. وتَفَارق القومُ: فَارَقَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا. وفَارَقَ فُلَانٌ امرأَته مُفَارقةً وفِراقاً: بايَنَها[1].

وَالتَّفْرِيقُ في اللغة: مَصْدَرُ فرق، وفعله الثلاثي فرق، يقال: فَرَقْتُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ، أي فَصَلْتُ بَيْنَهُمَا، وهو في المعاني بالتخفيف، يقال: فَرَقْتُ بَيْنَ الْكَلَامَيْنِ، وبالتشديد في الأعيان، يقال: فَرَّقْتُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ، قَالَهُ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ وَالْخَطَّابِيُّ وَقَالَ غَيْرَهُمَا: هما بِمَعْنًى وَاحِدٍ، والتشديد للمبالغة [2].

الفرع الثاني: الفُرْقَة في الاصطلاح الشرعي: يذكر الفقهاء هذه الكلمة ويريدون بها انحلال رابطة الزواج، والفصل والمباينة بين الزوجين، سواء أكانت بطلاق أم بغيره[3].

---

(١) ينظر: لسان العرب: (١٠/ ٣٠٠)، وتاج العروس: (٢٦/ ٢٩٨) .

(٢) ينظر: المصباح المنير: (٢/ ٤٧٠) .

(٣) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي: (٣/ ٢٤-٢٨)، والموسوعة الفقهية الكويتية: (٣٢/ ١٠٧) .

والتفريق في اصطلاح الفقهاء: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق. . أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين . وما يقع بتفريق القاضي: طلاق بائن في أحوال، وفسخ في أحوال أخرى، وهو طلاق رجعي في بعض الأحوال[1].

ويلاحظ أن لفظ الفرقة أعم من لفظ الافتراق عند الفقهاء، فالفرقة بين الزوجين تكون إما بطلاق أو بالفسخ أو التفريق القضائي أو ارتداد أحد الزوجين أو وفاة أحدهما. أما الافتراق: فيقصد به الطلاق أو الفسخ أو التفريق القضائي أو ارتداد أحد الزوجين.

الفرع الثالث: الفُرْقَة في قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم أجد من خلال بحثي في كتب القانون تعريفا للفرقة إنما وجدت تعريفا للتفريق وهذا يدل على أن الفرقة والتفريق بمعنى واحد عند القانونيين .

التفريق في القانون: (يقصد بالتفريق بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية انحلال الرابطة الزوجية بسبب من الأسباب التي تقتضي ذلك، وتشمل الطلاق أي حل الرابطة الزوجية من طرف واحد وهو الزوج، والخلع أي التفريق الاختياري الذي يتم باتفاق الزوجين، والتفريق القضائي الذي يتم بواسطة القضاء)[2].

وتشمل أيضا وفاة أحد الزوجين كما ورد في المادة (٥٧) الفقرة (٩) البند (ب) – (إذا مات أبو الصغير فيبقى لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين) . والفقرة (٧)– (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب)[3].

وعليه فان من الممكن تعريف التفريق القضائي بأنه: (حل قيد الزواج بطلاق يوقع

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: (٢٩/ ٦-٧) .

(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (التعديل الثاني) المقدمة، ثالثا: (٧) .

(٣) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤٢) .

من قبل القاضي بناء على طلب من الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية)[١] .

المطلب الثالث: مفهوم الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية[٢]: مصطلح قانوني حديث وفد إلينا مع ما وفد من التشريعات الأجنبية، لانجد له استعمالا في كتب الفقه الإسلامي، حيث كان الفقهاء المسلمون يبحثون المسائل التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية في كتاب النكاح، وكتاب الطلاق، وكتاب النفقة، وكتاب المواريث، وكتاب النسب، ونحو ذلك . وهي في كلتا الحالتين تنظم المسائل التي تتعلق بشخص الإنسان وعلاقته مع أقرب الناس إليه . إلا أن جمع تلك المسائل تحت عنوان – الأحوال الشخصية – أعطاها معنى أكثر تحديدا وأدق مدلولا .

وقد استعملت هذه الصيغة في العراق لأول مرة بعبارة – المواد الشخصية – وذلك في بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ بعد احتلال بغداد، ثم بعبارة – الأحوال الشخصية – وذلك في بيان مارس ١٩٢١، ثم في قانون المحاكم الشرعية الصادر في ٣٠/ حزيران/ سنة ١٩٢٣، ثم تقرر في التشريع العراقي بالمواد (٧٤-٨٠) من القانون الأساسي، ثم ترسخ هذا الاصطلاح بتشريع قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١، وثبت أخيرا بتشريع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

فالمقصود بالأحوال الشخصية هي: مجموعة ما يتميز به الإنسان من غيره من

(١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، للدكتور: فاروق عبد الله كريم: (١٩٣) .

(٢) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، للدكتور: أحمد الكبيسي: (١/ ٧- ٨) .

الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا وأنثى، وكونه زوجا أو أرملَ أو مطلقا أو أبا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .



المبحث الثاني
أحقية حضانة الطفل عند الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم الحضانة

الحضانة من فروض الكفاية لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع. وإذا قام به قائم سقط عن الناس. ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه أو كان لا يقبل ثدي سواها فتجبر على رضاعه. ومستند ذلك من القرآن قَوْله تَعَالَى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[1]، فالأم أحق برضاعة ابنها وكفالته إلى أن يستغني عنها بنفسه.

قال ابن رشد الجد: لا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار؛ لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته[2].

المطلب الثاني: أحقية حضانة الأم المطلقة لولدها الصغير في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: ذكر أقوال العلماء

قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ:(أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ يُحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا افْتَرَقَا وَلَهُمَا

(١) سورة البقرة :الآية (٢٣٣) .

(٢) ينظر: المقدمات الممهدات :(٥٦٢، ٥٦٤) .

وَلَدُ أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحْ)[1] .

وَكَذَا قَالَ أَبُو عُمَرَابن عبد البر:(لَا أَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ السَّلَفِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْخَلَفِ فِي الْمَرْأَةِ الْمُطَلَّقَةِ إِذَا لَمْ تَتَزَوَّجْ أَنَّهَا أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مِنْ أَبِيهِ مَا دَامَ طِفْلًا صَغِيرًا لَا يُمَيِّزُ شَيْئًا إِذَا كَانَ عِنْدَهَا فِي حِرْزٍ وَكِفَايَةٍ وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْهَا فِسْقٌ وَلَمْ تَتَزَوَّجْ)[2].

واختلفوا في سقوط حضانة الأم لولدها بالنكاح على أربعة أقوال :

القول الأول: سُقُوطُهَا بِهِ مُطْلَقًا إذا كان الزوج أجنبيا، سَوَاءٌ أكَانَ الْمَحْضُونُ ذَكَرًا أَمْ أُنْثَى .

وهذا هو قول: جمهور العلماء.

منهم: أبو حنيفة[3]، ومالك[4]، والشافعي[5]، وأحمد في المشهور عنه[6]، والزيدية[7]، والامامية[8] .

قَالَ ابن المنذر: (أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَقَضَى بِهِ شريح)[9].

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِالنِّكَاحِ بِحَالٍ، سَوَاءٌ كَانَ الْمَحْضُونُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى .

---

(١) ينظر: تفسير القرطبي: (٣/ ١٦٤- ٢٨٢أ١٦٥)، اختلاف الأئمة العلماء: (٢/ ٢١٣) .

(٢) الاستذكار: (٧/ ٢٩٠) .

(٣) ينظر: المبسوط: (٥/ ٢١٠)، وبدائع الصنائع: (٤/ ٤٢)، والاختيار: (٤/ ١٥) .

(٤) ينظر: الاستذكار: (٧/ ٢٩١- ٢٩٢)، والمنتقى: (٦/ ١٨٦) ،وبداية المجتهد: (٣/ ٧٩) .

(٥) ينظر: المهذب: (٣/ ١٦٤)، والوسيط: (٦/ ٢٣٩) ،وروضة الطالبين: (٩/ ١٠٠) .

(٦) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢٠)، والفروع: (٩/ ٣٤١)، وشرح الزركشي: (٦/ ٣٧) .

(٧) ينظر: البحر الزخار: (٤/ ٤٥٢)، والسيل الجرار: (٤٥٣) ،ونيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠) .

(٨) ينظر: شرائع الإسلام: (٢/ ٢٩٨)، والروضة البهية: (٥/ ٤٦٣) .

(٩) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢٠)، وتفسير القرطبي: (٣/ ١٦٥)، وزاد المعاد: (٥/ ٤٠٦) .

روي ذلك عن: الحسن البصري . (١)وهو قول: ابن حزم(٢).

الْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّ الطِّفْلَ إِنْ كَانَ بِنْتًا لَمْ تَسْقُطِ الْحَضَانَةُ بِنِكَاحِ أُمِّهَا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا سَقَطَتْ.

وَهَذِهِ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أحمد.

نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مهنا بن يحيى الشامي، فَقَالَ: (إِذَا تَزَوَّجَتْ الْأُمُّ، وَابْنُهَا صَغِيرٌ، أُخِذَ مِنْهَا قِيلَ لَهُ: فَالْجَارِيَةُ مِثْلُ الصَّبِيِّ؟ قَالَ: لَا، الْجَارِيَةُ تَكُونُ مَعَهَا إِلَى سَبْعِ سِنِينَ).

فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يُزِلْ الْحَضَانَةَ عَنْ الْجَارِيَةِ لِتَزْوِيجِ أُمِّهَا، وَأَزَالَهَا عَنْ الْغُلَامِ [٣].

الْقَوْلُ الرَّابِعُ: أَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِنَسِيبٍ مِنَ الطِّفْلِ لَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا.

ثُمَّ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ هَذَا الْقَوْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْمُشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ نَسِيبًا لِلطِّفْلِ فَقَطْ، مَحْرَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَحْرَمٍ.

كما إذا تزوجت الأم بعم الطفل، أو ابن عمه، والجدة بالجد.

وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِ أحمد[٤]، وبعض المالكية[٥]، والشافعية في الأصح[٦].

الثَّانِي: أَنَّ الْمُشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الطِّفْلِ.

كما إذا تزوجت الأم بعم الطفل، والجدة بالجد.

---

(١) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢٠) ،وتفسير القرطبي: (٣/ ١٦٥)، وزاد المعاد: (٣/ ٣٣٢)أ(٥/ ٤٠٦).
(٢) ينظر: المحلى: (١٠/ ١٤٣).
(٣) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢٠-٤٢١)، وزاد المعاد: (٣/ ٣٣٢)أ(٥/ ٤٠٦)، والمبدع: (٧/ ١٨٥).
(٤) ينظر: الفروع: (٩/ ٣٤١)، وشرح الزركشي: (٦/ ٣٨)، والمبدع: (٧/ ١٨٥).
(٥) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٣٠).
(٦) ينظر: مغني المحتاج: (٥/ ١٩٦).

وهذاهُوَ قَوْلُ: أَصْحَابِ أبي حنيفة [1]، وبعض الشافعية[2]، والزيدية[3]، والهادوية[4].

الثَّالِثُ: أَنَّ الْمُشْتَرَطَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الزَّوْجِ وَبَيْنَ الطِّفْلِ إِيلَادٌ، بِأَنْ يَكُونَ جَدًّا لِلطِّفْلِ. فمتى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد، لم تسقط حضانتها.

وَهَذَا قَوْلُ مالك[5]، والشافعي[6]، وَبَعْضِ أَصْحَابِ أحمد [7].

الفرع الثاني: أدلة أصحاب القول الأول ومناقشتها

١ - ما روى عَمْرُو بْنُ شُعَيْب، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[8].

هذا الحديث دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ أَوْلَى بِالْوَلَدِ مِنْ الْأَبِ مَا لَمْ يَحْصُلْ مَانِعٌ مِنْ ذَلِكَ بِالنِّكَاحِ لِتَقْيِيدِهِ ﷺ لِلْأَحَقِّيَّةِ بِقَوْلِهِ: «مَا لَمْ تَنْكِحِي» وَهُوَ مُجْمَعٌ عَلَى ذَلِكَ كَمَا بيناه، فَإِنْ حَصَلَ مِنْهَا النِّكَاحُ بَطَلَتْ حَضَانَتُهَا [9].

---

(١) ينظر: المبسوط: (٥/ ٢١٠)، وبدائع الصنائع: (٤/ ٤٢)، والهداية: (٢/ ٢٨٤).

(٢) ينظر: روضة الطالبين: (٩/ ١٠٠).

(٣) ينظر: البحر الزخار: (٤/ ٤٥٢)، والسيل الجرار: (٤٥٣).

(٤) ينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠).

(٥) ينظر: المنتقى: (٦/ ١٨٧)، والقوانين الفقهية: (١٤٩)، ومختصر خليل: (١٣٩).

(٦) ينظر: روضة الطالبين: (٩/ ١٠٠).

(٧) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢١)، والمبدع: (٧/ ١٨٥)، والإنصاف: (٩/ ٤٢٤).

(٨) سنن أبي داود: (٢/ ٢٨٣)، مسند أحمد: (١١/ ٣١٠)، مستدرك الحاكم: (٢/ ٢٢٥) وقال هذا حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، السنن الكبرى: (٨/ ٧).

(٩) ينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠).

وقد اعترض أبو محمد ابن حزم عن حديث عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ بأنه:(صَحِيفَةٌ لَا يُحْتَجُّ بِهَا)[1].

وأجاب ابن القيم –رحمه الله تعالى– عن هذا الاعتراض فقال: (هو حَدِيثٌ احْتَاجَ النَّاسُ فِيهِ إِلَى عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَلَمْ يَجِدُوا بُدًّا مِنَ الِاحْتِجَاجِ هُنَا بِهِ، وَمَدَارُ الْحَدِيثِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ حَدِيثٌ فِي سُقُوطِ الْحَضَانَةِ بِالتَّزْوِيجِ غَيْرَ هَذَا، وَقَدْ ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَئِمَّةُ الْأَرْبَعَةُ وَغَيْرُهُمْ، وَقَدْ صَرَّحَ بِأَنَّ الْجَدَّ هُوَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو، فَبَطَلَ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ: لَعَلَّهُ محمد وَالِدُ شعيب، فَيَكُونُ الْحَدِيثُ مُرْسَلًا. وَقَدْ صَحَّ سَمَاعُ شعيب مِنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، فَبَطَلَ قَوْلُ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ مُنْقَطِعٌ، وَقَدِ احْتَجَّ بِهِ الْبُخَارِيُّ خَارِجَ صَحِيحِهِ، وَنَصَّ عَلَى صِحَّةِ حَدِيثِهِ، وَقَالَ: كَانَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ الْحُمَيْدِيُّ، وأحمد، وإسحاق، وعلي بن عبد الله يَحْتَجُّونَ بِحَدِيثِهِ، فَمَنِ النَّاسُ بَعْدَهُمْ؟! هَذَا لَفْظُهُ. وَقَالَ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوَيْهِ: هُوَ عِنْدَنَا كأيوب عَنْ نافع عَنِ ابْنِ عُمَرَ. وَحَكَى الحاكم فِي «عُلُومِ الْحَدِيثِ» لَهُ الِاتِّفَاقَ عَلَى صِحَّةِ حَدِيثِهِ . وَقَالَ أحمد بن صالح: لَا يُخْتَلَفُ عَلَى عبد الله أَنَّهَا صَحِيفَةٌ)[2].

وقال في موضع آخر: (وهذا الاعتراض ضعيف، فَقَدْ بَيَّنَّا احْتِجَاجَ الْأَئِمَّةِ بعمرو فِي تَصْحِيحِهِمْ حَدِيثَهُ، وَإِذَا تَعَارَضَ مَعَنَا فِي الِاحْتِجَاجِ بِرَجُلٍ قَوْلُ ابْنِ حَزْمٍ، وَقَوْلُ الْبُخَارِيِّ، وأحمد، وَابْنِ الْمَدِينِيِّ، والحميدي، وَإِسْحَاقَ بْنِ رَاهَوَيْهِ، وَأَمْثَالِهِمْ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى سِوَاهُمْ)[3].

ذكر تعليل الفقهاء لقوله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[4] .

---

(١) المحلى: (١٠/ ١٤٧) .
(٢) زاد المعاد: (٥/ ٣٨٩) .
(٣) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٧–٤٠٨)، وينظر: سبل السلام: (٢/ ٣٣١)، ونيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠) .
(٤) تقدم تخريجه في الصفحة: (٦) .

أ - تعليل الحنفية :

قَالَ السَّرَخْسِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (فَإِنَّمَا جَعَلَ الْحَقَّ لَهَا إلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ وَحُكْمُ مَا بَعْدَ الْغَايَةِ مُخَالِفٌ لِمَا قَبْلَ ذَلِكَ؛ وَلِأَنَّهَا لَمَّا تَزَوَّجَتْ فَقَدْ اشْتَغَلَتْ بِخِدْمَةِ زَوْجِهَا فَلَا تَتَفَرَّغُ لِتَرْبِيَةِ الْوَلَدِ وَالْوَلَدُ فِي الْعَادَةِ يَلْحَقُهُ الْجَفَاءُ وَالْمَذَلَّةُ مِنْ زَوْجِ الْأُمِّ) [١] .

وقال الكاساني- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (وَلِأَنَّ الصَّغِيرَ يَلْحَقُهُ الْجَفَاءُ وَالْمَذَلَّةُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ يَبْغَضُهُ لِغَيْرَتِهِ وَيَنْظُرُ إلَيْهِ نَظَرَ الْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنْ الْمَوْتِ وَيُقَتِّرُ عَلَيْهِ النَّفَقَةَ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ)[٢].

وقال المرغيناني - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- وغيره: (ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا[٣] فلا نظر له)[٤].

ب - تعليل المالكية :

قال الباجي- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الصَّبِيَّ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ بِتَكَرُّهِ الزَّوْجِ لَهُ وَضَجَرِهِ بِهِ وَالْأُمُّ تَدْعُوهَا الضَّرُورَةُ إلَى التَّقْصِيرِ فِي تَعَاهُدِهِ طَلَبًا لِمَرْضَاةِ الزَّوْجِ وَاشْتِغَالًا بِهِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مُضِرٌّ بِالصَّبِيِّ فَبَطَلَ حَقُّهَا مِنْ الْحَضَانَةِ)[٥].

جـ - تعليل الشافعية :

قال الشيرازي- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (ولأنها إذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة)[٦]

(١) المبسوط: (٥/ ٢١٠).
(٢) بدائع الصنائع: (٤/ ٤٢).
(٣) النزر: الشيء القليل، والشزر: نظر البغض. البحر الرائق: (٤/ ١٨٣).
(٤) الهداية: (٢/ ٢٨٣)، تبيين الحقائق: (٣/ ٤٧)، البحر الرائق: (٤/ ١٨٣).
(٥) المنتقى شرح الموطأ: (٦/ ١٨٦).
(٦) المهذب: (٣/ ١٦٤).

د – تعليل الحنابلة :

قال ابن قدامة- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (وَلِأَنَّهَا إذَا تَزَوَّجَتْ، اشْتَغَلَتْ بِحُقُوقِ الزَّوْجِ عَنْ الْحَضَانَةِ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَهَا تَكُونُ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهَا، فَأَشْبَهْت الْمَمْلُوكَةَ)[1].

٢- وما رواه عَبْدُ الرَّزَّاق عَن الثَّوْرِيِّ، عَنْ عَاصِم، عَنْ عِكْرِمَةَ قَالَ: خَاصَمَت امْرَأَةُ عُمَرَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَكَانَ طَلَّقَهَا فَقَالَ: «هِيَ أَعْطَفُ، وَأَلْطَفُ، وَأَرْحَمُ، وَأَحْنَا، وَأَرْأَفُ، وَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَزَوَّجْ»[2].

وروى أيضا عَنْ مَعْمَر قَالَ: سَمِعْتُ الزُّهْرِيَّ، يُحَدِّثُ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، قَضَى عَلَى عُمَرَ فِي ابْنِهِ أَنَّهُ مَعَ أُمِّهِ، وَقَالَ: «أُمُّهُ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ»[3].

وروى أيضا عَن ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيد، عَن الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ قَالَ: أَبْصَرَ عُمَرُ عَاصِماً ابْنَهُ مَعَ جَدَّتِهِ، أُمِّ أُمِّهِ فَكَأَنَّهُ جَاذَبَهَا إِيَّاهُ، فَلَمَّا رَآهُ أَبُو بَكْرٍ مُقْبِلًا قَالَ أَبُو بَكْرٍ: «هِيَ أَحَقُّ بِهِ» قَالَ: فَمَا رَاجَعَهُ الْكَلَامَ[4].

وجه الدلالة:

إن قَوْلُ الصِّدِّيقِ لعمر-رضي الله عنهما-: هِيَ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ، وَمُوَافَقَةُ عمر لَهُ عَلَى ذَلِكَ، وذلك بمحضر من الصحابةy وَلَا مُخَالِفَ لَهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ الْبَتَّةَ، دليل على اتفاق الصحابة على ذلك، وَقَضَى بِهِ شريح، وَالْقُضَاةُ بَعْدَهُ إِلَى الْيَوْمِ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ وَالْأَمْصَارِ[5].

---

(١) المغني: (١١/ ٤٢١).
(٢) مصنف عبد الرزاق: (٧/ ١٥٣).
(٣) مصنف عبد الرزاق: (٧/ ١٥٣).
(٤) المصدر نفسه: (٧/ ١٥٥).
(٥) ينظر: زاد المعاد: (٥/ ٤٠٧).

واعترض: أبو محمد ابن حزم عن الخبر المتقدم فقال:(وهذا منقطع)[1] .

وأجاب أَبُو عُمَرَ ابن عبد البر عن هذا الاعتراض فقال: (هَذَا خَبَرٌ مُنْقَطِعٌ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ وَلَكِنَّهُ مَشْهُورٌ مَرْوِيٌّ مِنْ وُجُوهٍ مُنْقَطِعَةٍ وَمُتَّصِلَةٍ تَلَقَّاهُ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالْقَبُولِ وَالْعَمَلِ.

وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ عُمَرَ كَانَ مَذْهَبُهُ فِي ذَلِكَ خِلَافَ مَذْهَبِ أَبِي بَكْرٍ وَلَكِنَّهُ سَلَّمَ لِلْقَضَاءِ مِمَّنْ لَهُ الْحُكْمُ وَالْقَضَاءُ ثُمَّ كَانَ بَعْدُ فِي خِلَافَتِهِ يَقْضِي بِهِ وَيُفْتِي وَلَمْ يُخَالِفْ أَبَا بَكْرٍ فِي شَيْءٍ مِنْهُ مَا دَامَ الصَّبِيُّ صَغِيرًا لَا يُمَيِّزُ وَلَا مُخَالِفَ لَهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ)[2] .

٣- وما رواه عَبْدُ الرَّزَّاقِ، أَخْبَرَنَا ابْنُ جُرَيْجٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ، عَنْ رَجُلٍ صَالِحٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: كَانَتِ امْرَأَةٌ مِنَ الْأَنْصَارِ تَحْتَ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَقُتِلَ عَنْهَا يَوْمَ أُحُدٍ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ، فَخَطَبَهَا عَمُّ وَلَدِهَا، وَرَجُلٌ إِلَى أَبِيهَا فَأَنْكَحَ الرَّجُلَ، وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِهَا، فَأَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: أَنْكَحَنِي أَبِي رَجُلًا لَا أُرِيدُهُ، وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِي، فَيُؤْخَذُ مِنِّي وَلَدِي، فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ أَبَاهَا، فَقَالَ: «أَنْكَحْتَ فُلَانًا فُلَانَةَ؟» قَالَ: نَعَمْ قَالَ: «أَنْتَ الَّذِي لَا نِكَاحَ لَكَ، اذْهَبِي فَانْكِحِي عَمَّ وَلَدِكِ»[3]

فَلَمْ يُنْكِرْ ﷺ أَخْذَ الْوَلَدِ مِنْهَا لَمَّا تَزَوَّجَتْ، بَلْ أَنْكَحَهَا عَمَّ الْوَلَدِ لِتَبْقَى لَهَا الْحَضَانَةُ، فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى سُقُوطِ الْحَضَانَةِ بِالنِّكَاحِ، وَبَقَائِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِنَسِيبٍ مِنَ الطِّفْلِ[4].

وَاعْتَرَضَ أبو محمد ابن حزم عَلَى هَذَا الِاسْتِدْلَالِ فقال:(هذا مرسل وفيه مجهول،

(١) المحلى: (١٠/ ١٥١) .

(٢) الاستذكار: (٧/ ٢٨٩) .

(٣) مصنف عبد الرزاق: (٦/ ١٤٧) .

(٤) ينظر: زاد المعاد: (٥/ ٤٠٧) .

ومثل هذا لا يحتج به)[1]

وأجاب ابن القيم -رحمه الله تعالى- عن هذا الاعتراض فقال: (وهذا الاعتراض ضعيف، فَإِنَّ أبا سلمة مِنْ كِبَارِ التَّابِعِينَ وَقَدْ حَكَى الْقِصَّةَ عَنِ الْأَنْصَارِيَّةِ، وَلَا يُنْكَرُ لِقَاؤُهُ لَهَا، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِرْسَالُ، وَلَوْ تَحَقَّقَ فَمُرْسَلٌ جَيِّدٌ، لَهُ شَوَاهِدُ مَرْفُوعَةٌ وَمَوْقُوفَةٌ، وَلَيْسَ الِاعْتِمَادُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ، وَعَنَى بِالْمَجْهُولِ الرَّجُلَ الصَّالِحَ الَّذِي شَهِدَ لَهُ أبو الزبير بِالصَّلَاحِ، وَلَا رَيْبَ أَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ لَا تُعَرِّفُ بِهِ، وَلَكِنَّ الْمَجْهُولَ إِذَا عَدَّلَهُ الرَّاوِي عَنْهُ الثِّقَةُ ثَبَتَتْ عَدَالَتُهُ، وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، فَإِنَّ التَّعْدِيلَ مِنْ بَابِ الْإِخْبَارِ وَالْحُكْمِ لَا مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ، وَلَا سِيَّمَا التَّعْدِيلَ فِي الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ يُكْتَفَى فِيهِ بِالْوَاحِدِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى أَصْلِ نِصَابِ الرِّوَايَةِ، هَذَا مَعَ أَنَّ أَحَدَ الْقَوْلَيْنِ: إِنَّ مُجَرَّدَ رِوَايَةِ الْعَدْلِ عَنْ غَيْرِهِ تَعْدِيلٌ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالتَّعْدِيلِ، كَمَا هُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أحمد، وَأَمَّا إِذَا رَوَى عَنْهُ وَصَرَّحَ بِتَعْدِيلِهِ، فَقَدْ خَرَجَ عَنِ الْجَهَالَةِ الَّتِي تُرَدُّ لِأَجْلِهَا رِوَايَتُهُ، لَا سِيَّمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفًا بِالرِّوَايَةِ عَنِ الضُّعَفَاءِ وَالْمُتَّهَمِينَ، وأبو الزبير وَإِنْ كَانَ فِيهِ تَدْلِيسٌ فَلَيْسَ مَعْرُوفًا بِالتَّدْلِيسِ عَنِ الْمُتَّهَمِينَ وَالضُّعَفَاءِ، بَلْ تَدْلِيسُهُ مِنْ جِنْسِ تَدْلِيسِ السَّلَفِ، لَمْ يَكُونُوا يُدَلِّسُونَ عَنْ مُتَّهَمٍ وَلَا مَجْرُوحٍ، وَإِنَّمَا كَثُرَ هَذَا النَّوْعُ مِنَ التَّدْلِيسِ فِي الْمُتَأَخِّرِينَ)[2].

الفرع الثالث: أدلة أصحاب القول الثاني ومناقشتها

١- قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾[3].

قال ابن حزم- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-:(فَأَمَّا الْأُمُّ فَإِنَّهُ فِي يَدِهَا؛ لِأَنَّهُ فِي بَطْنِهَا ثُمَّ فِي حِجْرِهَا

(١) المحلى: (١٠/ ١٤٦).
(٢) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٨).
(٣) سورة الأنفال: الآية (٧٥).

مُدَّةَ الرَّضَاعِ بنَصِّ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[1] فَلا يَجُوزُ نَقْلُهُ أَوْ نَقْلُهَا عَنْ مَوْضِعٍ جَعَلَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ بِغَيْرِ نَصٍّ، وَلَمْ يَأْتِ نَصٌّ صَحِيحٌ قَطُّ بِأَنَّ الأُمَّ إنْ تَزَوَّجَتْ يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَضَانَةِ)[2].

٢- ما صح عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي؟ قَالَ: «أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «ثُمَّ أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «ثُمَّ أُمُّكَ» قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ: «ثُمَّ أَبُوكَ»[3].

قال ابن حزم- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-: (فَهَذَا نَصٌّ جَلِيٌّ عَلَى إيجَابِ الْحَضَانَةِ؛ لأَنَّهَا صُحْبَةٌ، وَلَمْ يَخُصَّ ﷺ زَوَاجَهَا مِنْ غَيْرِ زَوَاجِهَا)[4].

ويجاب على هذا: أن ما ذهب إليه ابن حزم في أن معنى « مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي» يعني (وجوب الحضانة) تحميل للمعنى ما لايتحمله .

فمعنى «مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي» أي من أولى الناس بمعروفي وبري ومصاحبتي المقرونة بلين الجانب وطيب الخلق وحسن المعاملة والمعاشرة والإحسان إليه.

ويؤيد ما ذكرته أن الإمام مسلم – رحمه الله تعالى- أخرج الحديث المذكور في كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأنهما أحق به .

وكذلك أكد هذا المعنى شراح الحديث؛ فقد ذكر الإمام النووي – رحمه الله تعالى- أن معنى «مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صَحَابَتِي»: (الصَّحَابَةُ هُنَا بِفَتْحِ الصَّادِ بِمَعْنَى الصُّحْبَةِ

(١) سورة البقرة: الآية (٢٣٣) .

(٢) المحلى: (١٠/ ١٤٣) .

(٣) صحيح البخاري: (٨/ ٢) برقم (٥٩٧١)، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، صحيح مسلم: (٤/ ١٩٧٤) برقم (٢٥٤٨)، باب بر الوالدين وأنهما أحق به .

(٤) المحلى: (١٠/ ١٤٦،١٤٤) .

وَفِيهِ الْحَثُّ عَلَى بِرِّ الْأَقَارِبِ وَأَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّهُمْ بِذَلِكَ ثُمَّ بَعْدَهَا الْأَبَ ثُمَّ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ قَالَ الْعُلَمَاءُ وَسَبَبُ تَقْدِيمِ الْأُمِّ كَثْرَةُ تَعَبِهَا عَلَيْهِ وَشَفَقَتُهَا وَخِدْمَتُهَا وَمُعَانَاةُ الْمَشَاقِّ فِي حَمْلِهِ ثُمَّ وَضْعِهِ ثُمَّ إِرْضَاعِهِ ثُمَّ تَرْبِيَتِهِ وَخِدْمَتِهِ وَتَمْرِيضِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَنَقَلَ الْحَارِثُ الْمُحَاسِبِيُّ إِجْمَاعَ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ تُفَضَّلُ فِي الْبِرِّ عَلَى الْأَبِ. وَحَكَى الْقَاضِي عِيَاضٌ خِلَافًا فِي ذَلِكَ فَقَالَ الْجُمْهُورُ بِتَفْضِيلِهَا وَقَالَ بَعْضُهُمْ يَكُونُ بِرُّهُمَا سَوَاءٌ قَالَ وَنَسَبَ بَعْضُهُمْ هَذَا إِلَى مَالِكٍ وَالصَّوَابُ الْأَوَّلُ لِصَرِيحِ هَذِهِ الْأَحَادِيثِ فِي الْمَعْنَى الْمَذْكُورِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ)[1].

وقال الإمام ابن حجر العسقلاني – رحمه الله تعالى–: (الصُّحْبَةُ وَالصَّحَابَةُ مَصْدَرَانِ بِمَعْنًى وَهُوَ الْمُصَاحَبَةُ أَيْضًا، قَالَ ابن بَطَّالٍ مُقْتَضَاهُ أَنْ يَكُونَ لِلْأُمِّ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِ مَا لِلْأَبِ مِنَ الْبِرِّ قَالَ وَكَانَ ذَلِكَ لِصُعُوبَةِ الْحَمْلِ ثُمَّ الْوَضْعِ ثُمَّ الرَّضَاعِ فَهَذِهِ تَنْفَرِدُ بِهَا الْأُمُّ وَتَشْقَى بِهَا ثُمَّ تُشَارِكُ الْأَبَ فِي التَّرْبِيَةِ وَقَدْ وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ إِلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى:)وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ (فَسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْوِصَايَةِ وَخَصَّ الْأُمَّ بِالْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ قَالَ الْقُرْطُبِيُّ الْمُرَادُ أَنَّ الْأُمَّ تَسْتَحِقُّ عَلَى الْوَلَدِ الْحَظَّ الْأَوْفَرَ مِنَ الْبِرِّ وَتُقَدَّمَ فِي ذَلِكَ عَلَى حَقِّ الْأَبِ عِنْدَ الْمُزَاحَمَةِ)[2] .

وقال الإمام الصنعاني – رحمه الله تعالى– عن الحديث المذكور:(فَإِنَّهُ دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِ رِضَا الْأُمِّ عَلَى رِضَا الْأَبِ)[3] .

وقال الإمام الشوكاني – رحمه الله تعالى– عن الحديث المذكور: (فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِحُسْنِ الصُّحْبَةِ مِنْ الْأَبِ وَأَوْلَى مِنْهُ بِالْبِرِّ حَيْثُ لَا يَتَّسِعُ مَالُ الِابْنِ إِلَّا لِنَفَقَةِ وَاحِدٍ

(١) شرح النووي على مسلم: (١٦/ ١٠٢) .
(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري: (١٠/ ٤٠١-٤٠٢) .
(٣) سبل السلام: (٢/ ٦٣٢) .

مِنْهُمَا وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْجُمْهُورُ)[1].

٣- وما صح عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ لَيْسَ لَهُ خَادِمٌ، فَأَخَذَ أَبُو طَلْحَةَ بِيَدِي، فَانْطَلَقَ بِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَنَسًا غُلاَمٌ كَيِّسٌ فَلْيَخْدُمْكَ، قَالَ: «فَخَدَمْتُهُ فِي السَّفَرِ وَالحَضَرِ، مَا قَالَ لِي لِشَيْءٍ صَنَعْتُهُ لِمَ صَنَعْتَ هَذَا هَكَذَا؟ وَلاَ لِشَيْءٍ لَمْ أَصْنَعْهُ لِمَ لَمْ تَصْنَعْ هَذَا هَكَذَا؟»[2].

قال ابن حزم- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-:(فَهَذَا أَنَسٌ فِي حَضَانَةِ أُمِّهِ، وَلَهَا زَوْجٌ وَهُوَ أَبُو طَلْحَةَ بِعِلْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فَرْقَ فِي النَّظَرِ وَالْحِيَاطَةِ بَيْنَ الرَّبِيبِ زَوْجِ الْأُمِّ وَالرَّبِيبَةِ زَوْجَةِ الْأَبِ، بَلْ فِي الْأَغْلَبِ الرَّبِيبُ أَشْفَقُ، وَأَقَلُّ ضَرَرًا مِنْ الرَّبِيبَةِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِي كُلِّ ذَلِكَ الدِّينُ، ثُمَّ صَلَاحُ الدُّنْيَا فَقَطْ)[3].

وأجاب ابن القيم- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- عن هذا الاستدلال فقال: (وَهَذَا الِاحْتِجَاجُ فِي غَايَةِ السُّقُوطِ، وَالْخَبَرُ فِي غَايَةِ الصِّحَّةِ، فَإِنَّ أَحَدًا مِنْ أَقَارِبِ أَنَسٍ لَمْ يُنَازِعْ أُمَّهُ فِيهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ طِفْلٌ صَغِيرٌ، لَمْ يُثْغِرْ، وَلَمْ يَأْكُلْ وَحْدَهُ، وَلَمْ يَشْرَبْ وَحْدَهُ، وَلَمْ يُمَيِّزْ، وَأُمُّهُ مُزَوَّجَةٌ، فَحَكَمَ بِهِ لِأُمِّهِ، وَإِنَّمَا يَتِمُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهَذِهِ الْمُقَدِّمَاتِ كُلِّهَا، وَالنَّبِيُّ ﷺ لَمَّا قَدِمَ الْمَدِينَةَ كَانَ لِأَنَسٍ مِنَ الْعُمُرِ عَشْرُ سِنِينَ، فَكَانَ عِنْدَ أُمِّهِ، فَلَمَّا تَزَوَّجَتْ أبا طلحة لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِ أنس يُنَازِعُهَا فِي وَلَدِهَا وَيَقُولُ: قَدْ تَزَوَّجْتِ فَلَا حَضَانَةَ لَكِ، وَأَنَا أَطْلُبُ انْتِزَاعَهُ مِنْكِ، وَلَا رَيْبَ أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَضَانَةُ ابْنِهَا إِذَا اتَّفَقَتْ هِيَ وَالزَّوْجُ

---

(١) نيل الأوطار: (٦/ ٣٨٨).

(٢) صحيح البخاري: (٤/ ١١) برقم: (٢٧٦٨)، باب استخدام اليتيم في السفر والحضر ،إذا كان صلاحا له، ونظر الأم وزوجها لليتيم، صحيح مسلم: (٤/ ١٨٠٤) برقم: (٢٣٠٩)، باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقا.

(٣) المحلى: (١٠/ ١٤٦).

وَأَقَارِبُ الطِّفْلِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا رَيْبَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، بَلْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُخَاصِمَهَا مَنْ لَهُ الْحَضَانَةُ، وَيَطْلُبَ انْتِزَاعَ الْوَلَدِ، فَالِاحْتِجَاجُ بِهَذِهِ الْقِصَّةِ مِنْ أَبْعَدِ الِاحْتِجَاجِ وَأَبْرَدِهِ) [(١)] .

٤- احتجاجهم بأن أم سلمة لما تزوجت برسول الله ﷺ لم تسقط كفالتها لابنها، بل استمرت على حضانتها.

وَيُجَابُ عَنْ ذلك: بِأَنَّ مُجَرَّدَ الْبَقَاءِ مَعَ عَدَمِ الْمُنَازِعِ لَا يَصْلُحُ لِلِاحْتِجَاجِ بِهِ عَلَى مَحَلِّ النِّزَاعِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ قَرِيبٌ غَيْرَهَا [(٢)] .

قال ابن القيم- رحمه الله تعالى-:(فَيَا عَجَبًا مِنَ الَّذِي نَازَعَ أم سلمة فِي وَلَدِهَا وَرَغِبَ عَنْ أَنْ يَكُونَ فِي حِجْرِ النَّبِيِّ ﷺ)[(٣)] .

٥- وما صح عن البراء بن عازب رضي الله عنه في عمرة القضاء لما أراد النبي ﷺ الخروج من مكة وهو حديث طويل وفيه: (... فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ، فَتَبِعَتْهُمْ ابْنَةُ حَمْزَةَ: تُنَادِي يَا عَمِّ يَا عَمِّ، فَتَنَاوَلَهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه، فَأَخَذَ بِيَدِهَا، وَقَالَ لِفَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ: دُونَكِ ابْنَةَ عَمِّكِ، حَمَلَتْهَا، فَاخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيٌّ، وَزَيْدٌ، وَجَعْفَرٌ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَحَقُّ بِهَا وَهِيَ ابْنَةُ عَمِّي، وَقَالَ جَعْفَرٌ: ابْنَةُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي، وَقَالَ زَيْدٌ: ابْنَةُ أَخِي، فَقَضَى بِهَا النَّبِيُّ ﷺ لِخَالَتِهَا، وَقَالَ: « الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ »، وَقَالَ لِعَلِيٍّ: «أَنْتَ مِنِّي وَأَنَا مِنْكَ»، وَقَالَ لِجَعْفَرٍ: «أَشْبَهْتَ خَلْقِي وَخُلُقِي»، وَقَالَ لِزَيْدٍ: «أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلَانَا»)[(٤)] .

---

(١) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٩) .

(٢) ينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠)، الروضة الندية: (٢/ ٨٩-٩٠) .

(٣) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٩) .

(٤) صحيح البخاري: (٣/ ١٨٤) برقم: (٢٦٩٩)، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان، وفلان بن فلان، وان لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، (٥/ ١٤١) برقم: (٤٢٥١)، باب: عمرة القضاء .

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ قضى بان الحق لخَالَتَهَا وكَانَتْ مُتَزَوِّجَةً بِجَعْفَرِ بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَلَيْسَ هُوَ ذَا مَحْرَم مِنْ بِنْتِ حَمْزَةَ[١].

ويجاب عن هذا: بأن ذلك في الخالة ولايلزم في الأم مثله، ولا يدفع النص الوارد في الأم[٢].

قال ابن القيم- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى-:(فَلَا رَيْبَ أَنَّ لِلنَّاسِ فِي قِصَّةِ ابْنَةِ حمزة ثَلَاثَ مَآخِذَ. أَحَدُهَا: أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُسْقِطُ الْحَضَانَةَ. الثَّانِي: أَنَّ الْمَحْضُونَةَ إِذَا كَانَتْ بِنْتًا فَنِكَاحُ أُمِّهَا لَا يُسْقِطُ حَضَانَتَهَا، وَيُسْقِطُهَا إِذَا كَانَ ذَكَرًا. الثَّالِثُ: أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا كَانَ نَسِيبًا مِنَ الطِّفْلِ لَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا، وَإِلَّا سَقَطَتْ، فَالِاحْتِجَاجُ بِالْقِصَّةِ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُسْقِطُ الْحَضَانَةَ مُطْلَقًا لَا يَتِمُّ إِلَّا بَعْدَ إِبْطَالِ ذَيْنِكَ الِاحْتِمَالَيْنِ الْآخَرَيْنِ)[٣].

وقال الامام الصنعاني-رحمه الله تعالى- وغيره في حديث ابنة حمزة: (أَنَّهُ ﷺ قَضَى بِهَا لِجَعْفَر فَاسْتَشْكَلَ الْقَضَاءُ بِهَا لِجَعْفَر، فَإِنَّهُ لَيْسَ مَحْرَمًا، وَهُوَ وَعَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا- سَوَاءٌ فِي الْقَرَابَةِ لَهَا، وَجَوَابُهُ: أَنَّهُ ﷺ قَضَى بِهَا لِزَوْجَةِ جَعْفَر وَهِيَ خَالَتُهَا، فَإِنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ جَعْفَر لَكِنْ لَمَّا كَانَ الْمُنَازِعُ جَعْفَرًا، وَقَالَ فِي مَحَلِّ الْخُصُومَةِ: بِنْتُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي أَيْ زَوْجَتِي قَضَى بِهَا لِجَعْفَر لَمَّا كَانَ هُوَ الْمُطَالِبَ ظَاهِرًا، وَقَالَ: « الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ » إبَانَةً بِأَنَّ الْقَضَاءَ لِلْخَالَةِ فَمَعْنَى قَوْلِهِ قَضَى بِهَا لِجَعْفَر قَضَى بِهَا لِزَوْجَةِ جَعْفَر، وَإِنَّمَا أَوْقَعَ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ الْمُطَالِبُ، فَلَا إشْكَالَ فِي هَذَا.وَإِلَّا أَنَّهُ اسْتَشْكَلَ ثَانِيًا بِأَنَّ الْخَالَةَ مُزَوَّجَةٌ، وَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْحِضَانَةِ لِحَدِيثِ «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»

---

(١) ينظر: المحلى: (١٠/ ١٤٩).

(٢) ينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠)، والروضة الندية: (٢/ ٩٠).

(٣) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٩).

وَالْجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّ الْحَقَّ فِي الْمُزَوَّجَةِ لِلزَّوْجِ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ حِضَانَتُهَا؛ لِأَنَّهَا تَشْتَغِلُ بِالْقِيَامِ بِحَقِّهِ وَخِدْمَتِهِ، فَإِذَا رَضِيَ الزَّوْجُ بِأَنَّهَا تَحْضُنُ مَنْ لَهَا حَقٌّ فِي حِضَانَتِهِ وَأَحَبَّ بَقَاءَ الطِّفْلِ فِي حِجْرِهِ لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْمَرْأَةِ مِنْ الْحِضَانَةِ، وَهَذِهِ الْقِصَّةُ دَلِيلُ الْحُكْمِ، وَهَذَا مَذْهَبُ أحمد، والْحَسَنِ البصري، وَالْإِمَامِ يَحْيَى، وَابن حَزْمٍ، وَابْنُ جرير، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ لِلْمَرْأَةِ إنَّمَا يُسْقِطُ حِضَانَةَ الْأُمِّ وَحْدَهَا حَيْثُ كَانَ الْمُنَازِعُ لَهَا الْأَبَ. وَأَمَّا غَيْرُهَا فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنْ الْحِضَانَةِ بِالتَّزْوِيجِ، أَوْ الْأُمُّ وَالْمُنَازِعُ لَهَا غَيْرُ الْأَبِ يُؤَيِّدُهُ مَا عُرِفَ مِنْ أَنَّ الْمَرْأَةَ الْمُطَلَّقَةَ يَشْتَدُّ بُغْضُهَا لِلزَّوْجِ الْمُطَلِّقِ وَمَنْ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَقَدْ يَبْلُغُ بِهَا الشَّأْنُ إلَى إهْمَالِ وَلَدِهَا مِنْهُ قَصْدًا لِإِغَاظَتِهِ وَتُبَالِغُ فِي التَّحَبُّبِ عِنْدَ الزَّوْجِ الثَّانِي بِتَوْفِيرِ حَقِّهِ وَبِهَذَا يَجْتَمِعُ شَمْلُ الْأَحَادِيثِ – حديث ابنة حمزة، وحديث أنت أحق به ما لم تنكحي –)[1].

تبين لنا مما تقدم أن ما ذكره الامام ابن حزم من أدلة لتقوية رأيه، لم نجد فيها نصا واحدا صريحا وواضح الدلالة يدل على ما ذهب إليه ،وإنما رأيه يقوم على تحميل النصوص فوق ما تتحمله من المعاني، وتكييف النص بما يتلاءم ورأيه ولو أخذ بأبعد معانيه

الفرع الرابع: أدلة أصحاب القول الثالث ومناقشتها

ما صح عن البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في عمرة القضاء لما أراد النبي ﷺ الخروج من مكة وهو حديث طويل وفيه: (... فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ، فَتَبِعَتْهُمْ ابْنَةُ حَمْزَةَ: تُنَادِي يَا عَمِّ يَا عَمِّ، فَتَنَاوَلَهَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَأَخَذَ بِيَدِهَا، وَقَالَ لِفَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ: دُونَكِ ابْنَةَ عَمِّكِ، حَمَلَتْهَا، فَاخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيٌّ، وَزَيْدٌ، وَجَعْفَرٌ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَحَقُّ بِهَا وَهِيَ ابْنَةُ عَمِّي، وَقَالَ جَعْفَرٌ: ابْنَةُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي، وَقَالَ زَيْدٌ: ابْنَةُ أَخِي، فَقَضَى بِهَا النَّبِيُّ ﷺ لِخَالَتِهَا، وَقَالَ: «الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ»، وَقَالَ لِعَلِيٍّ: «أَنْتَ مِنِّي وَأَنَا مِنْكَ»، وَقَالَ لِجَعْفَرٍ:

---

(١) سبل السلام: (٢/ ٣٣٤)، وينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٨٩) .

«أَشْبَهْتَ خَلْقِي وَخُلُقِي»، وَقَالَ لِزَيْدٍ: «أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلَانَا»)[1].

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ جعل حضانة ابنة حمزة لخالتها وهي مزوجه[2].

قال الامام ابن قدامة – رحمه الله تعالى -: (وَالرِّوَايَةُ الْأُولَى هِيَ الصَّحِيحَةُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: وَعَلَيْهَا الْعَمَلُ؛ «لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِلْمَرْأَةِ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ، مَا لَمْ تَنْكِحِي» وَلِأَنَّهَا إذَا تَزَوَّجَتْ، اشْتَغَلَتْ بِحُقُوقِ الزَّوْجِ عَنْ الْحَضَانَةِ، فَكَانَ الْأَبُ أَحْظَ لَهُ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَهَا تَكُونُ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهَا، فَأَشْبَهْت الْمَمْلُوكَةَ ،فَأَمَّا بِنْتُ حَمْزَةَ، فَإِنَّمَا قَضَى بِهَا لِخَالَتِهَا؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُسَاوِيهِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ إلَّا عَلِيٌّ، وَقَدْ تَرَجَّحَ جَعْفَرٌ بِأَنَّ امْرَأَتَهُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ، فَكَانَ أَوْلَى وَعَلَى هَذَا، مَتَى كَانَتْ الْمَرْأَةُ مُتَزَوِّجَةً لِرَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ، كَالْجَدَّةِ تَكُونُ مُتَزَوِّجَةً لِلْجَدِّ، لَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا؛ لِأَنَّهُ يُشَارِكُهَا فِي الْوِلَادَةِ وَالشَّفَقَةِ عَلَى الْوَلَدِ، فَأَشْبَهَ الْأُمَّ إذَا كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً لِلْأَبِ)[3].

الفرع الخامس: أدلة أصحاب القول الرابع ومناقشتها

أولا:استدل أصحاب أحمد القائلون:أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط. بما يأتي:

١- بما ورد في قصة ابنة حمزة[4].

ووجه الدلالة :

إن خالة ابنة حمزة متزوجة من جعفر بن أبي طالب، وجعفر هو ابن عم ابنة حمزة. فدل

(١) تقدم تخريجه في الصفحة: (١٠) .

(٢) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢١) .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) تقدم تخريجه في الصفحة: (١٠) .

ذلك على عدم سقوط الحضانة من الأم إذا كان زواجها من قريب الطفل.

٢- وبما رواه عَبْدُ الرَّزَّاق، أَخْبَرَنَا ابْنُ جُرَيْجٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ، عَنْ رَجُلٍ صَالِحٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ،عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: كَانَتِ امْرَأَةٌ مِنَ الْأَنْصَارِ تَحْتَ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَقُتِلَ عَنْهَا يَوْمَ أُحُدٍ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ، فَخَطَبَهَا عَمُّ وَلَدِها، وَرَجُلٌ إِلَى أَبِيهَا فَأَنْكَحَ الرَّجُلَ، وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِهَا، فَأَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: أَنْكَحَنِي أَبِي رَجُلًا لَا أُرِيدُهُ، وَتَرَكَ عَمَّ وَلَدِي، فَيُؤْخَذُ مِنِّي وَلَدِي، فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ أَبَاهَا، فَقَالَ: «أَنْكَحْتَ فُلَانًا فُلَانَةَ؟» قَالَ: نَعَمْ قَالَ: «أَنْتَ الَّذِي لَا نِكَاحَ لَكَ، اذْهَبِي فَانْكِحِي عَمَّ وَلَدِكِ»[1] .

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ لَمْ يُنْكِرْ أَخْذَ الْوَلَدِ مِنْهَا لَمَّا تَزَوَّجَتْ، بَلْ أَنْكَحَهَا عَمَّ الْوَلَدِ لِتَبْقَى لَهَا الْحَضَانَةُ، فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى سُقُوطِ الْحَضَانَةِ بِالنِّكَاحِ، وَبَقَائِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِنَسِيبٍ مِنَ الطِّفْلِ[2] .

ثانيا: استدل الحنفية وبعض الشافعية والهادوية القائلين:إن المشترط أن يكون الزوج ذا رحم محرم من الطفل. بما يأتي :

١- بما ورد في قصة ابنة حمزة.

وجه الدلالة:

إن زوج خالة ابنة حمزة هو ابن عمها جعفر بن أبي طالب، وهو دليل على أن النكاح إذا كان لمن هو رحم للصغير فلا يبطل به الحق، ويكون حديث ابنة حمزة مقيدا لقوله ﷺ«ما لم تنكحي» [3] .

---

(١) تقدم تخريجه في الصفحة: (٨) .

(٢) ينظر: زاد المعاد: (٥/ ٤٠٧) .

(٣) ينظر: الروضة الندية: (٢/ ٩٠) .

٢- وبما رواه عبد الرزاق- آنفا- عن المرأة الأنصارية التي قتل زوجها يوم أحد وله منها ولد.

وفيه دليل على أن النكاح إذا كان بذي رحم للمحضون لم يبطل حق المرأة من الحضانة[١].

قال الشوكاني-رحمه الله تعالى-:(وَهَذَا مَعَ كَوْنِهِ مُرْسَلًا فِي إسْنَادِهِ رَجُلٌ مَجْهُولٌ وَلَمْ يَقَعْ التَّصْرِيحُ فِيهِ
بِأَنَّهُ أَرْجَعَ الْوَلَدَ إلَيْهَا عِنْدَ أَنْ زَوَّجَهَا بِذِي رَحِم لَهُ)[٢].

٣- ولأن الزوج إذا كان ذا رحم من الطفل كالجد والعم، فان الطفل لَا يَلْحَقُهُ الْجَفَاءُ مِنْهُمَا لِوُجُودِ الْمَانع مِنْ ذَلِكَ وَهُوَ الْقَرَابَةُ الْبَاعِثَةُ عَلَى الشَّفَقَة[٣].

٤- ولأن الجد قام مقام أبيه فينظر له،والْعَمَّ صَاحِبُ حَقِّ الْحَضَانَةِ، وَشَفَقَتُهما تَحملانهما عَلَى رِعَايَةِ الطِّفْلِ، فَيَتَعَاوَنَانِ عَلَى كَفَالَتِه بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ[٤].

ثالثا: استدل مالك،والشافعي،وبعض أصحاب احمد القائلون:إن المشترط أن يكون الزوج جدا للطفل. بما يأتي:

١- وَجْهُ قَوْلِ مَالِكٍ: (أَنَّ الْجَدَّ وَلِيٌّ يَسْتَحِقُّ الْحَضَانَةَ فَلَا يُمْنَعُ الْحَضَانَةَ)[٥].

٢- ووجه قول الشافعي: (لِأَنَّ الْجَدَّ وَلِيٌّ تَامُّ الشَّفَقَةِ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَبِ)[٦].

٣- ووجه قول بعض أصحاب أحمد: (لِأَنَّهُ يُشَارِكُهَا فِي الْوِلَادَةِ وَالشَّفَقَةِ عَلَى الْوَلَدِ،

(١) ينظر: نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠).

(٢) نيل الأوطار: (٦/ ٣٩٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٢)، والهداية: (٢/ ٢٨٤).

(٤) ينظر: الهداية: (٢/ ٢٨٤)، وروضة الطالبين: (٩/ ١٠٠).

(٥) المنتقى: (٦/ ١٨٧).

(٦) روضة الطالبين: (٩/ ١٠٠).

فَأَشْبَهَ الْأُمَّ إِذَا كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً لِلْأَبِ)[1] .

المطلب الثالث: أحقية حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير في الشريعة الإسلامية

إن حكم أحقية حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير هو نفس حكم أحقية حضانة الأم المطلقة لولدها الصغير عند جميع الفقهاء - ما عدا الامامية -، فإنهم لم يفرقوا في الحضانة بين الأم المطلقة أو الأرملة التي مات عنها زوجها، ولم أقف على حكم يخالف هذا . وقد ذكرنا أقوالهم وأدلتهم بالتفصيل في المطلب الأول .

أما الامامية: فعندهم حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير ذكرا كان أو أنثى لاتسقط وان تزوجت[2].

واستدلوا بما يأتي: [3]

١- لأنها أشفق وأرفق، قَال اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [4] .

٢- ولما في مرسل ابن أبي عمير عن زرارة عن الباقر عليه السلام: (وليس للوصي أن يخرجه من حجرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله) .

٣- وما في خبر داود بن الحصين (فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبة) .

٤- ولظهور قوله تعالى : ﴿لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [5]، في كون

---

(١) المغني: (١١/ ٤٢١) .

(٢) ينظر: شرائع الإسلام: (٢/ ٢٩٨)، والروضة البهية: (٥/ ٤٥٩) .

(٣) ينظر: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: (١١/ ١٨٩) .

(٤) سورة الأنفال: الآية (٧٥) .

(٥) سورة البقرة: الآية (٢٣٣) .

الحق لهما دون غيرهما . إلا أنه مع وجودهما كان تفصيل الأمر بينهما شرعا على ما عرفت، أما مع موت أحدهما يبقى الآخر بلا معارض، فلا يضار بأخذ الولد منه، بل لعل ذلك ظاهر النصوص السابقة باعتبار إثبات الأحقية للأم في الذكر حتى يفطم فيكون الأب أحق به، وفي الأنثى سبعا، فيكون الأحق الأب، فأصل الحق ثابت لكل منهما إلا أنه يكون غيره أحق منه، ومن المعلوم أن ذلك يكون مع وجوده، أما مع عدمه فليس الحق حينئذ إلا لذي الحق، ضرورة فرض عدم الأحق منه، وكأن ذلك ونحوه منشأ اتفاق الأصحاب، فما وقع من بعض الناس – من الإشكال في ذلك باعتبار خلو النصوص عن التعرض لذلك – في غير محله.

الترجيح :

تبين لنا من خلال عرضنا الشامل والمستفيظ لأقوال العلماء (رحمهم الله تعالى) وأدلتهم ومناقشتها، أن الراجح في أحقية حضانة الطفل عند الفرقة بين الزوجين ما ذهب إليه جمهور العلماء وهم أصحاب القول الأول: وهو سقوط حضانة الأم لولدها الصغير بزواجها من أجنبي، سواء أكانت مطلقة أم أرملة، وسَوَاءٌ أَكَانَ الصغير ذَكَرًا أَم أُنْثَى .

بناءا على ما استدلوا به من أحاديث صريحة وسليمة، نحو قوله ﷺ :«أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[1].

لأن الحضانة شرعت لمصلحة الولد، للعناية به ورعايته، فمن كان قادرا على أدائها فهو أحق بها، وغالبا ما تكون الأم هي القادرة على ذلك، بحكم الفطرة التي فطرها الله عليها، وخاصة حين تكون متفرغة للطفل، أي أنها ليست متزوجة برجل آخر غير الأب، فيكون حينئذ جل اهتمامها لطفلها، لأن مصلحة المحضون تقتضي حاضنة متفرغة،

(١) سنن أبي داود: (٢/ ٢٨٣)، مسند أحمد: (١١/ ٣١٠)، مستدرك الحاكم: (٢/ ٢٢٥) وقال هذا حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، السنن الكبرى: (٨/ ٧) .

وزواج الحاضنة يشغلها عن الحضانة بخدمة زوجها، فلا تتفرغ لتربية الولد، ولاتكون حينئذ المكان الصالح للطفل، وخاصة أن كثيرا من الأزواج يغارون من الأولاد من رجل آخر، ولأن في زواجها من أجنبي إضاعة لحق الصغير، واشتغالها بحقوق الزوج عن مصالح صغيرها، وكذلك في هذا الزواج تغذية للمحضون وتربية له في نعمة غير أقاربه وعليهم في ذلك منة وغضاضة. وكذلك فإن سقوط حضانة الأم بعد زواجها فيه مراعاة لحقوق الزوج حتى لا يتنغص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة بحضانتها لولد غيره وتتنكد عيشة المرأة بخلافها مع زوجها لأجل الحضانة، فقد يلقى الصغير معاملة قاسية وسيئة من زوج أمه، فتنشأ بالتالي البغضاء والكراهية بين المرأة وزوجها أو بين الزوج والصغير مما يكون له أبلغ الأثر على نفسية الصغير . فتنتقل الحضانة إلى من يلي الأم في المرتبة وهذا ما سنوضحه في المبحث الرابع .

ولكن هناك أمور إذا توفرت لاتسقط الحضانة، حتى لو تزوجت الحاضنة وهي :

رضا الزوج والزوجة وأبي الولد بحضانتها:

١- قد يقبل الأب أوأقرباء المحضون بحضانة الأم حتى لو تزوجت، لا سيما إذا كان الزوج ذا دين واستقامة ظاهرة وسيرة معروفة مرضية، فلا تسقط الحضانة عن الأم.

قال الحنابلة: (وَلَوْ اتَّفَقَا أَيْ أَبُو الْمَحْضُونِ وَأُمُّهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ فِي حَضَانَتِهَا وَهِيَ أَيْ الْأُمُّ مُزَوَّجَةٌ وَرَضِيَ زَوْجُهَا جَازَ ذَلِكَ وَلَمْ يَكُنْ لَازِمًا،لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُوهُمْ، وَأَيُّهُمْ أَرَادَ الرُّجُوعَ فَلَهُ ذَلِكَ)[1].

وقال ابن القيم: (وَلَا رَيْبَ أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَضَانَةُ ابْنِهَا إذَا اتَّفَقَتْ هِيَ وَالزَّوْجُ وَأَقَارِبُ الطِّفْلِ عَلَى ذَلِكَ، وَلَا رَيْبَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، بَلْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْأُمِّ

(١) كشاف القناع: (٥/ ٤٩٩) .

وَوَلَدِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُخَاصِمَهَا مَنْ لَهُ الْحَضَانَةُ، وَيَطْلُبَ انْتِزَاعَ الْوَلَدِ)(١).

٢- زواج الحاضنة من غير أجنبي: وهذا الشرط اشترطه الجمهور، معنى ذلك إذا تزوجت الأم من قريب الطفل فإنها لا تسقط حضانة الطفل عنها، وهذا الأمر ملاحظ إذا كان الزوج قريب المحضون فله عطف خاص للطفل، فجاءت الشريعة متماشية مع ذلك، وهذا إذا قبل الزوج ووافق الأب وأقرباء المحضون.

قال المالكية: (أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الَّذِي دَخَلَ بِهَا مَحْرَمًا، وحَاصِلُهُ أَنَّهُ إذَا كَانَ الزَّوْجُ الَّذِي دَخَلَ بِهَا مَحْرَمًا لِلْمَحْضُونِ سَوَاءٌ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ الْعَمُّ بِأُمِّ الْمَحْضُونِ أَوْ بِجَدَّتِه الْحَاضِنَة لَهُ، أَوْ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْحَضَانَةِ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ خَالُهُ بِحَاضِنَتِه مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ، أَوْ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ وَكَانَ غَيْرَ مَحْرَمٍ كَأَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنُ الْعَمِّ بِخَالَتِه أَوْ خَالَةِ أُمِّهِ الْحَاضِنَةِ لَهُ فَلَا تَسْقُطُ حَضَانَتُهَا بِدُخُولِهِ)[٢].

وقال الشافعية: (إلَّامَنْ نَكَحَتْ من له حق في الحضانة ورضي كما لو نكحت عم المحضون أو ابْنَ عَمِّهِ أَوَ ابْنَ أَخِيهِ،فَلَا تَسْقُطُ حَضَانَتُهَا حِينَئِذٍ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ مَنْ نَكَحَتْهُ لَهُ حَقٌّ فِي الْحَضَانَةِ وَشَفَقَتُهُ تَحْمِلُهُ عَلَى رِعَايَتِهِ فَيَتَعَاوَنَانِ عَلَى كَفَالَتِهِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي نِكَاحِ الْأَبِ)[٣].

وقال الحنابلة: (وَلَاحضانة لِامْرَأَةٍ مُزَوَّجَةٍ لِأَجْنَبِيٍّ مِنْ الطِّفْلِ،فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ لَيْسَ أَجْنَبِيًّا كَجَدِّ الْمَحْضُونِ وعمه وَقَرِيبِهِ فَلَهَا الْحَضَانَةُ لِأَنَّ الزَّوْجَ الْقَرِيبَ يُشَارِكُهَا فِي الْقَرَابَةِ وَالشَّفَقَةِ عَلَيْهِ، أَشْبَهَ الْأُمَّ إذَا كَانَتْ مُزَوَّجَةً بِالْأَبِ)(٤).

---

(١) زاد المعاد: (٥/ ٤٠٩).
(٢) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٣٠).
(٣) مغني المحتاج: (٥/ ١٩٦).
(٤) ينظر: المغني: (١١/ ٤٢١)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٩).

ويلاحظ فيما تقدم أن المالكية والشافعية والحنابلة لا يشترطون أن يكون الزوج من محارم المحضون، في إسقاط حضانة الزوجة .

أما الحنفية فإنهم يشترطون أن يكون الزوج من محارم المحضون، فلو كان الزوج غير محرم كابن العم سقطت حضانة الزوجة، فقد قالوا: (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالجد إذا تزوج بجدة الولد، وكالعم إذا تزوج بأم الولد، لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة)[1].

وخالف ذلك ابن عابدين من الحنفية فقال: (الْأَصْوَبُ التَّفْصِيلُ، وَهُوَ أَنَّ الْحَاضِنَةَ إذَا كَانَتْ تَأْكُلُ وَحْدَهَا وَابْنُهَا مَعَهَا فَلَهَا حَقٌّ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى وَلَدِهَا بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَتْ فِي عِيَالِ ذَلِكَ الْأَجْنَبِيِّ، أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً لَهُ، وَأَنْتَ عَلِمْت أَنَّ سُقُوطَ الْحَضَانَةِ بِذَلِكَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الصَّغِيرِ، فَيَنْبَغِي لِلْمُفْتِي أَنْ يَكُونَ ذَا بَصِيرَةٍ لِيُرَاعِيَ الْأَصْلَحَ لِلْوَلَدِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ قَرِيبٌ مُبْغِضٌ لَهُ يَتَمَنَّى مَوْتَهُ وَيَكُونُ زَوْجُ أُمِّهِ مُشْفِقًا عَلَيْهِ يَعِزُّ عَلَيْهِ فِرَاقُهُ فَيُرِيدُ قَرِيبُهُ أَخْذَهُ مِنْهَا لِيُؤْذِيَهُ وَيُؤْذِيَهَا، أَوْ لِيَأْكُلَ مِنْ نَفَقَتِهِ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ زَوْجَةٌ تُؤْذِيهِ أَضْعَافَ مَا يُؤْذِيهِ زَوْجُ أُمِّهِ الْأَجْنَبِيُّ وَقَدْ يَكُونُ لَهُ أَوْلَادٌ يَخْشَى عَلَى الْبِنْتِ مِنْهُمْ الْفِتْنَةَ لِسُكْنَاهَا مَعَهُمْ، فَإِذَا عَلِمَ الْمُفْتِي، أَوْ الْقَاضِي شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ لَهُ نَزْعُهُ مِنْ أُمِّهِ لِأَنَّ مَدَارَ أَمْرِ الْحَضَانَةِ عَلَى نَفْعِ الْوَلَدِ، وَقَدْ مَرَّ عَنْ الْبَدَائِعِ: لَوْ كَانَتْ الْإِخْوَةُ وَالْأَعْمَامُ غَيْرَ مَأْمُونِينَ عَلَى نَفْسِهَا، أَوْ مَالِهَا لَا تُسَلَّمُ إلَيْهِمْ)[2].

واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حق الحاضنة بتزوجها من أجنبي من المحضون وهي:

١ - أن يعلم من له حق الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، وسقوط حقها في الحضانة

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٢)، والهداية: (٢/ ٢٨٤) .
(٢) حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٥) .

ويسكت - بعد علمه بذلك بلا عذر - سنة فلا تسقط حضانتها حينئذ.

٢- ألا يقبل المحضون غير مستحقة الحضانة أما أو غيرها - فلا تسقط بدخول الزوج بها في هذه الحالة.

٣- ألا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل أمه الذي انتقلت له الحضانة بسبب تزوج الأم.

٤- ألا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل الزوج بها، أو يكون له حاضن غيرها ولكنه غير مأمون، أو عاجز عن القيام بمصالح المحضون.

٥- ألا تكون الحاضنة التي تزوجت بأجنبي وصية على المحضون، وذلك في رواية عند المالكية، وفي رواية أخرى عندهم لا يشترط ذلك

٦- أن يكون الأب عبدا، والأم المتزوجة حرة [1] .

(١) ينظر: منح الجليل: (٤/ ٤٢٧-٤٢٨)، وشرح مختصر خليل للخرشي: (٤/ ٢١٤)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٣٠) .

المبحث الثالث
أحقية حضانة الطفل عند افتراق الزوجين في قانون الأحوال الشخصية العراقي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أحقية حضانة الأم المطلقة لولدها الصغير في القانون

ما نص عليه القانون هو: أن الأم أحق بحضانة الولد من غيرها.

فقد أقر قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) أحقية الأم في حضانة الولد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٥٧) منه على أن (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة، مالم يتضرر المحضون من ذلك)[١].

ويعني هذا النص أن الأم هي الأولى بحضانة الصغير من غيرها، ولا فرق بين أن تكون الأم في عصمة زوجها الذي هو والد الصغير، أو كانت مفترقة عنه، غير أن هذه الأحقية مقيدة بعدم تضرر المحضون؛ بأن تكون الأم ذاهلة عنه بنوع مهنة أو وظيفة أو تكون مصابة بمرض كالجذام والبرص والجرب ونحوها مما يجعل حضانتها له غير مجدية وغير نافعة[٢].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته: (٤٠).

(٢) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلات، للدكتور:أحمد الكبيسي: (١/ ٢١٥)، والوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، للدكتور: فاروق عبد الله كريم: (٢٦٥).

وقد كان قانون الأحوال الشخصية العراقي عند صدوره عام ١٩٥٩ يأخذ برأي جمهور الفقهاء ويسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها من أجنبي .

فقد نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) على هذا الشرط بالفقرة (٢) من المادة (٥٧) :((يشترط أن تكون الحاضنة بالغة، عاقلة، أمينة، قادرة على تربية المحضون وصيانته وغير متزوجة بأجنبي عن المحضون))

وقد عدلت هذه الفقرة بموجب التعديل الثالث عشر لقانون الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٨٧[١].

حيث ألغى بموجب هذا التعديل شرط عدم الزواج بأجنبي وأصبح نص المادة يقرأ على الشكل الآتي: ((يشترط أن تكون الحاضنة بالغة، عاقلة، أمينة، قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون))[٢] .

وقد جاء بقرار لمحكمة التمييز [إذا تزوجت أم الصغير بأجنبي فليس للمحكمة الحكم بتسليمه لأبيه إلا بعد إحالة الصغير إلى لجنة طبية للتأكد من عدم تضرره من مفارقة أمه][٣] .

فجاء هذا التعديل ليجعل الأمر موكولاً إلى المحكمة فإن رأت أن مصلحة الطفل في أن يبقى مع أمه رغم زواجها أبقته معها وفي حضانتها، وإلا نزعت حضانته منها وأعادته إلى أبيه، وان هذه الفقرة المعدلة أرادت أن يكون الفيصل في الأمر هو مصلحة الطفل،

---

(١) نشر التعديل في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣١٧٦في ٦/ ١١/ ١٩٨٧.

(٢) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته: (٤١) .

(٣) قرار محكمة التمييز المرقمة ٣٥١/ شخصية / ١٩٧٨في ٢٢/ ٢/ ١٩٧٨، مجلة الأحكام العدلية العدد الأول – ١٩٧٨.

فرب بعيد أشفق من قريب، ورب أجنبي أكثر عطفا من ذي رحم . فأوكلت للقاضي مهمة النظر وأن عليه أن ينظر في كل واقعة على حدة من غير أن تساق جميع الحالات بعصا واحدة [١] .

المطلب الثاني: أحقية حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير في القانون

فقد نص البند (ب) من الفقرة (٩) من المادة (٥٧) على ما يأتي [٢]:

م (٥٧): ف (٩): البند (ب): (إذا مات أبو الصغير فيبقى لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط :

١- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة .

٢- أن تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم .

٣- أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به).

أما إذا أخل الزوج بالتعهد المنصوص عليه، فإن القانون قد جعل هذا الإخلال سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة، وهذا ما نص عليه البند (ج) من الفقرة (٩) ونصه :

البند (ج): إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة .

وتدور هذه الفقرة حول أحقية الأم بحضانة ولدها من أي من أقاربه من النساء أو الرجال في حالة موت الأب، وان تزوجت .

---

(١) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته: (٢١٦) .

(٢) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤٢).

المبحث الرابع
أحقية حضانة الطفل بعد الأم
سواء ماتت أو نكحت أجنبيا في الشريعة والقانون

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: المستحقون للحضانة وترتيبهم في الشريعة الإسلامية

الأَصْل فِي الْحَضَانَة أَنَّ الأُمَّ أَوْلَى النَّاس بِحَضَانَة الطِّفْل إِذَا كَمُلَت الشُّرُوطُ، لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرو بْنِ الْعَاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُول اللَّه، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي، فَقَال رَسُول اللَّه ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[(١)].

فَإِنْ لَمْ تَكُن الأُمُّ مِنْ أَهْل الْحَضَانَة لِفِقْدَان جَمِيع الشُّرُوط فِيهَا أَوْ بَعْضِهَا، أَو امْتَنَعَتْ مِنَ الْحَضَانَة، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَة، وَتَنْتَقِل الْحَضَانَةُ إِلَى مَنْ يَلِيهَا، وَهَكَذَا تَتَحَوَّل مِنَ الأَقْرَبِ إِلَى الأَبْعَد فِي الاسْتِحْقَاق[(٢)].

والْحَضَانَةُ تَكُونُ لِلنِّسَاء وَالرِّجَال مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ لَهَا، إِلاَّ أَنَّ النِّسَاءَ يُقَدَّمْنَ عَلَى الرِّجَال، لأَنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَرْفَقُ، وَبِهَا أَلْيَقُ وَأَهْدَى إِلَى تَرْبِيَة الصِّغَار، يقول الامام الكاساني في علة هذا: (لأَنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَرْفَقُ وَأَهْدَى إِلَى تَرْبِيَة الصِّغَار)[(٣)].

ويقول الامام الشربيني: (وَالْحَضَانَةُ نَوْعُ وِلَايَةٍ وَسَلْطَنَةٍ، لَكِنَّ الإِنَاثَ أَلْيَقُ بِهَا لأَنَّهُنَّ

(١) تقدم تخريجه في الصفحة: (٦).

(٢) ينظر: المغني: (١١/ ٤١٤)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٦و٤٩٨).

(٣) بدائع الصنائع: (٤/ ٤١).

أَشْفَقُ وَأَهْدَى إِلَى التَّرْبِيَةِ وَأَصْبَرُ عَلَى الْقِيَامِ بِهَا وَأَشَدُّ مُلاَزَمَةً لِلأَطْفَالِ)[1].

وإذا لم توجد النساء فالحضانة تُصْرَفُ إِلَى الرِّجَال لأَنَّهُمْ عَلَى الْحِمَايَةِ وَالصِّيَانَةِ وَإِقَامَةِ مَصَالِحِ الصِّغَارِ أَقْدَر[2]

وَلِكُل أَهْلِ مَذْهَبٍ طَرِيقَةٌ خَاصَّةٌ فِي تَرْتِيبِ مُسْتَحِقِّي الْحَضَانَةِ بَعْدَ الأْمِّ وَمَنْ يُقَدَّمُ عِنْدَ الاِسْتِوَاءِ فِي الاِسْتِحْقَاقِ. على أنهم يراعون القرب في الجملة في الجهة الواحدة، مَعَ مُرَاعَاةِ أَنَّ الْحَضَانَةَ لاَ تَنْتَقِل مِنَ الْمُسْتَحِقِّ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ إِلاَّ إِذَا أَسْقَطَ الْمُسْتَحِقُّ حَقَّهُ فِي الْحَضَانَةِ أَوْ سَقَطَتْ لِمَانِعٍ.

وَبَيَانُ تَرْتِيبِ الْمَذَاهِبِ لِلْمُسْتَحِقِّينَ هُوَ كَمَا يَلِي:

١- مذهب الحنفية:

ذَهَبَ الْحَنَفِيَّةُ إِلَى أَنَّ أُمَّ الأْمِّ تَلِي الأْمَّ فِي الْحَضَانَةِ إِذَا سَقَطَتْ حَضَانَةُ الأْمِّ لِمَانِعٍ، ثُمَّ أُمُّ الأْبِ وَإِنْ عَلَتْ، ثُمَّ الأْخْتُ لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ الأْخْتُ لأِمٍّ، ثُمَّ الأْخْتُ لأَبٍ، ثُمَّ بِنْتُ الأْخْتِ لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ لأِمٍّ، ثُمَّ الْخَالاَتُ لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ لأِمٍّ، ثُمَّ لأِبٍ، ثُمَّ بِنْتُ الأْخْتِ لأِبٍ (وَتَأْخِيرُهَا عَنِ الْخَالاَتِ هُوَ الصَّحِيحُ). ثُمَّ بَنَاتُ الأْخِ لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ لأِمٍّ، ثُمَّ لأِبٍ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ لأِمٍّ، ثُمَّ لأِبٍ، ثُمَّ خَالَةُ الأْمِّ، ثُمَّ خَالَةُ الأْبِ، ثُمَّ عَمَّاتُ الأْمَّهَاتِ وَالآْبَاءِ، ثُمَّ الْعَصَبَاتُ مِنَ الرِّجَال بِتَرْتِيبِ الإْرْثِ، فَيُقَدَّمُ الأْبُ، ثُمَّ الْجَدُّ، ثُمَّ الأْخُ الشَّقِيقُ، ثُمَّ لأِبٍ، ثُمَّ بَنُوهُ كَذَلِكَ، ثُمَّ الْعَمُّ، ثُمَّ بَنُوهُ. وَإِذَا اجْتَمَعُوا قُدِّمَ الأْوْرَعُ ثُمَّ الأْسَنُّ، ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ انْتَقَل حَقُّ الْحَضَانَةِ لِذَوِي الأْرْحَامِ الذُّكُورِ إِذَا كَانُوا مِنَ الْمَحَارِمِ، فَيُقَدَّمُ الْجَدُّ لأِمٍّ، ثُمَّ يُقَدَّمُ الأْخُ لأِمٍّ، ثُمَّ لاِبْنِهِ، ثُمَّ لِلْعَمِّ لأِمٍّ، ثُمَّ لِلْخَال لأِبَوَيْنِ، ثُمَّ لِلْخَال لأِمٍّ، فَإِنْ تَسَاوَوْا فَأَصْلَحُهُمْ،

(١) مغني المحتاج: (٥/ ١٩١).

(٢) بدائع الصنائع: (٤/ ٤١).

ثُمَّ أَوْرَعُهُمْ ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ[1].

٢- مذهب المالكية:

ذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ إِلَى أَنَّ الأَحَقَّ بِالْحَضَانَةِ بَعْدَ الأُمِّ أُمُّ الأُمِّ، ثُمَّ جَدَّةُ الأُمِّ، وَتُقَدَّمُ مَنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ عَلَى مَنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الأَبِ، ثُمَّ خَالَةُ الْمَحْضُونِ الشَّقِيقَةُ، ثُمَّ الَّتِي لِلأُمِّ، ثُمَّ الَّتِي لِلأَبِ، ثُمَّ خَالَةُ الأُمِّ الشَّقِيقَةُ، ثُمَّ الَّتِي لِلأُمِّ، ثُمَّ الَّتِي لِلأَبِ، ثُمَّ عَمَّةُ الأُمِّ، ثُمَّ الْجَدَّةُ لأَبٍ (وَتَشْمَل أُمَّ الأَبِ وَأُمَّ أُمِّهِ وَأُمَّ أَبِيهِ وَتُقَدَّمُ الْقُرْبَى عَلَى الْبُعْدَى) ثُمَّ بَعْدَ الْجَدَّةِ مِنْ جِهَةِ الأَبِ تَكُونُ الْحَضَانَةُ لِلأَبِ، ثُمَّ أُخْتِ الْمَحْضُونِ الشَّقِيقَةِ، ثُمَّ الَّتِي لِلأُمِّ، ثُمَّ الَّتِي لِلأَبِ، ثُمَّ الْعَمَّةِ، ثُمَّ عَمَّةِ الأَبِ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ، ثُمَّ خَالَةِ الأَبِ.

ثُمَّ اخْتُلِفَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَقْدِيمِ بِنْتِ الأَخِ أَوْ بِنْتِ الأُخْتِ أَوْ تَقْدِيمِ الأَكْفَأِ مِنْهُنَّ وَهُوَ أَظْهَرُ الأَقْوَال، ثُمَّ الْوَصِيِّ، ثُمَّ الأَخِ، ثُمَّ الْجَدِّ مِن جِهَةِ الأَبِ، ثُمَّ ابْنِ الأَخِ، ثُمَّ الْعَمِّ، ثُمَّ ابْنِ الْعَمِّ، ثُمَّ الْمَوْلَى الأَعْلَى، وَهُوَ الْمُعْتِقُ، ثُمَّ الْمَوْلَى الأَسْفَل وَهُوَ الْمُعْتَقُ.

وَاخْتُلِفَ فِي حَضَانَةِ الْجَدِّ لأُمٍّ، فَمَنَعَ ذَلِكَ ابْنُ رُشْدٍ، وَاخْتَارَ اللَّخْمِيُّ أَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْحَضَانَةِ، وَمَرْتَبَتُهُ تَكُونُ بَعْدَ مَرْتَبَةِ الْجَدِّ لأَبٍ.

وَيُقَدَّمُ عِنْدَ التَّسَاوِي الأَكْثَرُ صِيَانَةً وَشَفَقَةً، ثُمَّ الأَكْبَرُ سِنًّا عِنْدَ التَّسَاوِي فِي ذَلِكَ، ثُمَّ الْقُرْعَةُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي كُل شَيْءٍ[2].

٣- مذهب الشافعية:

ذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ إِلَى أَنَّ الأَحَقَّ بِالْحَضَانَةِ بَعْدَ الأُمِّ، أُمَّهَاتُ الأُمِّ اللاَّتِي يُدْلِينَ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ تُقَدَّمُ الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى، ثُمَّ الصَّحِيحُ بَعْدَ ذَلِكَ - عَلَى الْجَدِيدِ - تَنْتَقِل الْحَضَانَةُ إِلَى أُمِّ الأَبِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ أُمَّهَاتُ الأُمِّ عَلَى أُمِّ الأَبِ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِنَّ وَلأَنَّهُنَّ أَقْوَى مِيرَاثًا

(١) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٢- ٥٦٤).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٧- ٥٢٨).

مِنْ أُمَّهَاتِ الأَبِ، ثُمَّ بَعْدَ أُمِّ الأَبِ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي الأَبِ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي الْجَدِّ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ، وَتُقَدَّمُ مِنْ كُلِ ذَلِكَ الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى، ثُمَّ الأُخْتُ الشَّقِيقَةُ ثُمَّ الَّتِي لأَبٍ - عَلَى الأَصَحِّ - ثُمَّ الَّتِي لأُمٍّ، ثُمَّ لِخَالَةٍ بِهَذَا التَّرْتِيبِ عَلَى الأَصَحِّ، ثُمَّ بِنْتُ الأُخْتِ، ثُمَّ بِنْتُ الأَخِ، ثُمَّ الْعَمَّةُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ، ثُمَّ الْعَمَّةُ مِنَ الأَبِ، ثُمَّ الْعَمَّةُ مِنَ الأُمِّ.

وَعَلَى الْقَدِيمِ يُقَدَّمُ الأَخَوَاتُ وَالْخَالاَتُ عَلَى أُمَّهَاتِ الأَبِ وَالْجَدِّ، أَمَّا الأَخَوَاتُ فَلأَنَّهُنَّ اجْتَمَعْنَ مَعَهُ فِي الصُّلْبِ وَالْبَطْنِ، وَأَمَّا الْخَالاَتُ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: « الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ »[1]

وَالأَصَحُّ إِثْبَاتُ حَقِّ الْحَضَانَةِ لِلإِنَاثِ غَيْرِ الْمَحَارِمِ كَبِنْتِ الْخَالَةِ، وَبِنْتِ الْعَمَّةِ، وَبِنْتِ الْخَالِ، وَبِنْتِ الْعَمِّ لِشَفَقَتِهِنَّ بِالْقَرَابَةِ وَهِدَايَتِهِنَّ إِلَى التَّرْبِيَةِ بِالأُنُوثَةِ، وَمُقَابِلِ الأَصَحِّ لاَ حَقَّ لَهُنَّ فِي الْحَضَانَةِ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِحَضَانَةِ الرِّجَالِ فَقَدْ ذَكَرَ الشَّافِعِيَّةُ أَنَّهَا تَثْبُتُ لِكُلِ مَحْرَمٍ وَارِثٍ عَلَى تَرْتِيبِ الإِرْثِ عِنْدَ الاجْتِمَاعِ، فَيُقَدَّمُ أَبٌ، ثُمَّ جَدٌّ وَإِنْ عَلاَ، ثُمَّ أَخٌ شَقِيقٌ، ثُمَّ لأَبٍ، وَهَكَذَا كَتَرْتِيبِ وِلاَيَةِ النِّكَاحِ، كَمَا تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ لِغَيْرِ الْمَحْرَمِ إِنْ كَانَ وَارِثًا كَابْنِ الْعَمِّ، وَهَذَا عَلَى الصَّحِيحِ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ بِالْوِلاَيَةِ، وَمُقَابِلِ الصَّحِيحِ لاَ حَضَانَةَ لَهُ لِفَقْدِ الْمَحْرَمِيَّةِ.

فَإِنْ فَقَدَ الذَّكَرُ الإِرْثَ وَالْمَحْرَمِيَّةَ مَعًا كَابْنِ الْخَالِ وَابْنِ الْعَمَّةِ، أَوْ فَقَدَ الإِرْثَ فَقَطْ مَعَ بَقَاءِ الْمَحْرَمِيَّةِ كَالْخَالِ وَأَبِي الأُمِّ، فَلاَ حَضَانَةَ لَهُمْ فِي الأَصَحِّ، وَمُقَابِلِ الأَصَحِّ لَهُمُ الْحَضَانَةُ لِشَفَقَتِهِمْ بِالْقَرَابَةِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ لِلْمَحْضُونِ مُسْتَحِقُّونَ مِنَ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ قُدِّمَتِ الأُمُّ، ثُمَّ أُمَّهَاتُ الأُمِّ الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ، ثُمَّ الأَبُ، وَقِيلَ تُقَدَّمُ الْخَالَةُ وَالأُخْتُ مِنَ الأُمِّ عَلَى الأَبِ، وَيُقَدَّمُ الأَصْل

---

(١) تقدم تخريجه في الصفحة: (١٠).

عَلَى الْحَاشِيَةِ مُطْلَقًا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، كَالأَخِ وَالأُخْتِ لِقُوَّةِ الأُصُول، فَإِنْ فُقِدَ الأَصْل وَهُنَاكَ حَوَاشٍ فَالأَصَحُّ أَنْ يُقَدَّمَ مِنَ الْحَوَاشِي الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ كَالإِرْثِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَإِنِ اسْتَوَوْا وَفِيهِمْ ذَكَرٌ وَأُنْثَى، فَالأُنْثَى مُقَدَّمَةٌ عَلَى الذَّكَرِ.

وَإِنِ اسْتَوَى اثْنَانِ مِنْ كُل وَجْهٍ كَأَخَوَيْنِ وَأُخْتَيْنِ، وَخَالَتَيْنِ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا قَطْعًا لِلنِّزَاعِ.

وَمُقَابِل الأَصَحِّ أَنَّ نِسَاءَ الْقَرَابَةِ وَإِنْ بَعُدْنَ أَحَقُّ بِالْحَضَانَةِ مِنَ الذُّكُورِ وَإِنْ كَانُوا عَصَبَاتٍ، لأَنَّهُنَّ أَصْلَحُ لِلْحَضَانَةِ[1].

٤- مذهب الحنابلة:

ذَهَبَ الْحَنَابِلَةُ إِلَى أَنَّ الأَحَقَّ بِالْحَضَانَةِ بَعْدَ الأُمِّ أُمَّهَاتُهَا الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى، ثُمَّ الأَبُ، ثُمَّ أُمَّهَاتُ الأَبِ الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى، ثُمَّ الْجَدُّ، ثُمَّ أُمَّهَاتُ الْجَدِّ الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى، ثُمَّ الأُخْتُ لأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الأُخْتُ لأُمٍّ، ثُمَّ لأَبٍ، ثُمَّ الْخَالَةُ لأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الْخَالَةُ لأُمٍّ، ثُمَّ الْخَالَةُ لأَبٍ، ثُمَّ الْعَمَّةُ لأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لأُمٍّ، ثُمَّ لأَبٍ، ثُمَّ خَالَةُ أُمِّهِ كَذَلِكَ، ثُمَّ خَالَةُ أَبِيهِ، ثُمَّ عَمَّةُ أَبِيهِ، ثُمَّ بَنَاتُ إِخْوَتِهِ وَبَنَاتُ أَخَوَاتِهِ، ثُمَّ بَنَاتُ أَعْمَامِهِ وَبَنَاتُ عَمَّاتِهِ، ثُمَّ بَنَاتُ أَعْمَامِ أَبِيهِ وَبَنَاتُ عَمَّاتِ أَبِيهِ، تُقَدَّمُ مِنْ كُل ذَلِكَ مَنْ كَانَتْ لأَبَوَيْنِ ثُمَّ مَنْ كَانَتْ لأُمٍّ، ثُمَّ مَنْ كَانَتْ لأَبٍ. ثُمَّ تَكُونُ الْحَضَانَةُ لِبَاقِي الْعَصَبَةِ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ. فَإِنْ كَانَ الْمَحْضُونُ أُنْثَى فَالْحَضَانَةُ عَلَيْهَا لِلْعَصَبَةِ مِنْ مَحَارِمِهَا وَلَوْ بِرَضَاعٍ وَنَحْوِهِ كَمُصَاهَرَةٍ، وَهَذَا مَتَى بَلَغَتِ الأُنْثَى الْمَحْضُونَةُ سَبْعًا، فَلاَ حَضَانَةَ عَلَيْهَا بَعْدَ السَّبْعِ لاِبْنِ الْعَمِّ وَنَحْوِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْرَمًا لَهَا بِرَضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ.

هَذَا مَا حَرَّرَهُ صَاحِبُ كَشَّافِ الْقِنَاعِ، وَقَال عَنْهُ ابْنُ قُدَامَةَ إِنَّهُ الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ.

وَذَكَرَ ابْنُ قُدَامَةَ بَعْضَ الرِّوَايَاتِ الأُخْرَى عَنْ الإِمَامِ أَحْمَدَ، فَعَنْهُ أَنَّ أُمَّ الأَبِ وَأُمَّهَاتِهَا

---

(١) ينظر: المهذب: (٣/ ١٦٥- ١٦٨)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٢- ١٩٥)، ونهاية المحتاج: (٧/ ٢٢٦- ٢٢٩).

مُقَدَّمَاتٌ عَلَى أُمِّ الأُمِّ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَكُونُ الأَبُ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ، فَيَكُونُ الأَبُ بَعْدَ الأُمِّ ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ.

كَمَا حُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الأُخْتَ مِنَ الأُمِّ وَالْخَالَةَ أَحَقُّ مِنَ الأَبِ، فَتَكُونُ الأُخْتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ أَحَقَّ مِنْهُ وَمِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَاتِ.

وَأَمَّا تَرْتِيبُ الرِّجَالِ فَأَوْلاَهُمُ الأَبُ، ثُمَّ الْجَدُّ، أَبُو الأَبِ وَإِنْ عَلاَ، ثُمَّ الأَخُ مِنَ الأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الأَخُ مِنَ الأَبِ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ نَزَلُوا عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ، ثُمَّ الْعُمُومَةُ، ثُمَّ بَنُوهُمْ كَذَلِكَ، ثُمَّ عُمُومَةُ الأَبِ، ثُمَّ بَنُوهُمْ.

وَإِنْ اجْتَمَعَ شَخْصَانِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ وَتَسَاوَوْا، كَأَخَوَيْنِ شَقِيقَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ.

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْحَاضِنِ أَحَدٌ مِمَّنْ ذُكِرَ انْتَقَلَتِ الْحَضَانَةُ لِذَوِي الأَرْحَامِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ الأَوْلَى، لأَنَّ لَهُمْ رَحِمًا وَقَرَابَةً يَرِثُونَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى، فَيُقَدَّمُ أَبُو أُمٍّ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ، ثُمَّ أَخٌ مِنْ أُمٍّ، ثُمَّ خَالٌ، ثُمَّ حَاكِمٌ يُسَلِّمُهُ إِلَى مَنْ يَحْضُنُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ.

وَفِي الْوَجْهِ الآخَرِ لاَ حَقَّ لِذَوِي الأَرْحَامِ مِنَ الرِّجَالِ وَيَنْتَقِلُ الأَمْرُ لِلْحَاكِمِ.

وَفِي كُلِ مَوْطِنٍ اجْتَمَعَ فِيهِ أَخٌ وَأُخْتٌ، أَوْ عَمٌّ وَعَمَّةٌ، أَو ابْنُ أَخٍ وَبِنْتُ أَخٍ، أَو ابْنُ أُخْتٍ وَبِنْتُ أُخْتٍ قُدِّمَتِ الأُنْثَى عَلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهَا مِنَ الذُّكُورِ، لأَنَّ الأُنُوثَةَ هُنَا مَعَ التَّسَاوِي تُوجِبُ الرُّجْحَانَ[1]

٥- مذهب الظاهرية :

ذهب الظاهرية إلى أن الأُمُّ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ الصَّغِيرِ وَالابْنَةِ الصَّغِيرَةِ حَتَّى يَبْلُغَا الْمَحِيضَ، أَوْ الاحْتِلَامَ، أَوْ الإِنْبَاتَ مَعَ التَّمْيِيزِ، وَصِحَّةِ الْجِسْمِ - سَوَاءٌ كَانَتْ أَمَةً أَوْ حُرَّةً،

---

(١) ينظر: كشاف القناع: (٥/ ٤٩٧- ٤٩٨) أوالمغني: (١١/ ٤٢٤- ٤٢٧) .

تَزَوَّجَتْ أَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ، رَحَلَ الْأَبُ عَنْ ذَلِكَ الْبَلَدِ أَوْ لَمْ يَرْحَلْ - وَالْجَدَّةُ أُمٌّ.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْأُمُّ مَأْمُونَةً فِي دِينِهَا وَدُنْيَاهَا نُظِرَ لِلصَّغِيرِ أَوْ الصَّغِيرَةِ بِالْأَحْوَطِ فِي دِينِهِمَا ثُمَّ دُنْيَاهُمَا، فَحَيْثُمَا كَانَتْ الْحِيَاطَةُ لَهُمَا فِي كِلَا الْوَجْهَيْنِ وَجَبَتْ هُنَالِكَ عِنْدَ الْأَبِ، أَوْ الْأَخِ، أَوْ الْأُخْتِ، أَوْ الْعَمَّةِ أَو الْخَالَةِ، أَوْ الْعَمِّ، أَوْ الْخَالِ - وَذُو الرَّحِمِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِمْ بِكُلِّ حَالٍ، وَالدِّينُ مُغَلَّبٌ عَلَى الدُّنْيَا.فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي صَلَاحِ الْحَالِ فَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ، ثُمَّ الْأَبُ وَالْجَدُّ، ثُمَّ الْأَخُ وَالْأُخْتُ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ[1] .

٦- مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية إلى أن الأم الحرة أولى بولدها حتى يستغنى بنفسه أكلا وشربا ولباسا ونوما، ثم أمهاتها وإن علون، ثم الأب الحر، ثم الخالات، ثم أمهات الأب وإن علون، ثم أمهات أب الأم، ثم الأخوات، ثم بنات الخالات، ثم بنات الأخوات، ثم بنات الأخوة، ثم العمات، ثم بناتهن، ثم بنات العم، ثم عمات الأب، ثم بناتهن، ثم بنات أعمام الأب، ويقدم ذو السببين، ثم ذو الأم، وينتقل من كل إلى من يليه بالفسق والجنون ونحوه والنشوز والنكاح إلا بذي رحم له، وتعود بزوالها ومضى عدة الرجعى، فإن عدمن فالأقرب الأقرب من العصبة المحارم، ثم من ذوي الرحم المحارم، ثم بالذكر عصبته غير محرم، ثم من ذوي رحم كذلك[2].

٧- مذهب الامامية :

ذهب الامامية إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم الأب، ثم لأب الأب، ثم الأقارب، الأقرب منهم إلى الولد فالأقرب، وترتبوا ترتيب الإرث، وعلى المشهور لآية أولي الأرحام، فالجدة لأم كانت أم لأب وان علت أولى من العمة والخالة، كما أنهما أولى من

(١) ينظر: المحلى: (١٠/ ١٤٣) .

(٢) ينظر: السيل الجرار: (٤٥٣-٤٥٤)، والبحر الزخار :(٤/ ٤٥٦-٤٥٧) .

بنات العمومة والخئولة، وكذا الجدة والعمة والخالة الدنيا أولى من العليا منهن، وكذا ذكور كل مرتبة – فالجد أولى من العم والخال، والجد والعم والخال الداني أولى من العالي من هؤلاء . وهكذا – ولو اجتمع ذكر وأنثى، تقدم الأنثى في قول، وقيل: أن الأخت من الأبوين أولى من الأخت من الأم، وكذا أم الأب أولى من أم الأم، والجدة أولى من الأخوات، وإذا اجتمع عمة وخالة فهما سواء، وقيل العمة أولى من الخالة . ثم إن اتحد الأقرب فالحضانة مختصة به، وان تعدد بأن حصل جماعة متساوون في الدرجة، كالعمة والخالة، أقرع بينهم لما في اشتراكهما من الأضرار بالولد[1] .

يلاحظ مما تقدم من كلام الفقهاء ما عدا الظاهرية والامامية أنهم متفقون على أن الأحق بالحضانة بعد الأم هي أم الأم، واختلفوا فيما وراءها كما أسلفنا .

أما الظاهرية فيقدمون الأحوط والأوثق لمصلحة المحضون دينا ودنيا دون الالتزام بمراتب الحاضنين، والامامية يقدمون الأب بعد الأم .

ويلاحظ أيضا مما تقدم من كلام الفقهاء في تقديم المتساوين في الحضانة،أنه إذا تساوى مستحقون للحضانة في درجة القرابة بالنسبة للمحضون فإنه يقدم الأصلح ثم الأورع ثم الأكبر سنا كما يعبر الحنفية وبتعبير المالكية يقدم الأكثر صيانة وشفقة ثم الأكبر سنا.

فإذا استوى المستحقون من كل وجه بأن كانوا في درجة واحدة في القرابة واستووا في الصفات وفي السن كذلك فإنه يقرع بينهم قطعا للنزاع فيقدم من المستحقين المتساوين من خرجت قرعته.

المطلب الثاني: المستحقون للحضانة وترتيبهم في قانون الأحوال الشخصية العراقي

إن الأصل في ترتيب المستحقين للحضانة في القانون: الأم ثم الأب إلا إذا اقتضت

(١) ينظر: شرائع الإسلام: (٢/ ٢٩٨)، والروضة البهية: (٥/ ٤٥٩-٤٦٢) .

مصلحة الصغير خلاف ذلك وحينئذ تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة .

فإذا فقدت الأم شروط الحضانة أو توفيت فان للأب أن يضم المحضون إليه، وهذا فيما إذا اقتضت مصلحة الصغير تسليمه للأب، أما إذا اقتضت مصلحته غير ذلك ووجدت هنالك حاضنة أخرى ورأت المحكمة أن مصلحة الصغير تقضي بالانضمام إليها عندئذ يسلم المحضون إليها، وبإمكان المحكمة إدخال جدة الصغير لأم- مثلا- كشخص ثالث في الدعوى تطالب بضم الصغير إليها وبأنها تصلح للحضانة، فإذا ثبت ذلك فللمحكمة أن ترد دعوى الأب ويسلم الصغير إلى جدته لأم .وإذا فقد الأبوان شروط الحضانة لمرض أو غيره عندئذ يودع الصغير بيد حاضنة أو حاضن أمين تتوفر فيهما شروط الحضانة المذكورة، وإذا تعذر كل ذلك فيودع المحضون لدى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة .

وقد نصت على الأحكام الآنفة الذكر الفقرتان (٧) و (٨) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ونصهما كما يأتي:

م (٥٧): ف (٧): (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة، أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير)[1].

م (٥٧): ف (٨): (إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها)[2] .

---

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤٢) .
(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤٢) .

المبحث الخامس
شروط ثبوت الحضانة للحاضن في الشريعة والقانون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط ثبوت الحضانة للحاضن في الشريعة الإسلامية

الْحَضَانَةُ مِنَ الْولاَيَاتِ وَالْغَرَضُ مِنْهَا صِيَانَةُ الْمَحْضُونِ وَرِعَايَتُهُ، وَهَذَا لاَ يَتَأَتَّى إلاَّ إذَا كَانَ الْحَاضِنُ أَهْلاً لِذَلِكَ، وَلِهَذَا يَشْتَرِطُ الْفُقَهَاءُ شُرُوطًا خَاصَّةً لاَ تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ إلاَّ لِمَنْ تَوَفَّرَتْ فِيهِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ ثَلاَثَةٌ: شُرُوطٌ عَامَّةٌ فِي النِّسَاءِ وَالرِّجَالِ، وَشُرُوطٌ خَاصَّةٌ بِالنِّسَاءِ، وَشُرُوطٌ خَاصَّةٌ بِالرِّجَالِ.

أَمَّا الشُّرُوطُ الْعَامَّةُ فَهِيَ:

أولا- الإِسْلاَمُ: وَذَلِكَ إذَا كَانَ الْمَحْضُونُ مُسْلِمًا، إذْ لاَ وِلاَيَةَ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَلِلْخَشْيَةِ عَلَى الْمَحْضُونِ مِنَ الْفِتْنَةِ فِي دِينِهِ، وَهَذَا شَرْطٌ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَبَعْضِ فُقَهَاءِ الْمَالِكِيَّةِ، وَمِثْلُهُ مَذْهَبُ الْحَنَفِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْحَاضِنِ الذَّكَرِ. أَمَّا عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ فِي الْمَشْهُورِ عِنْدَهُمْ وَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْحَاضِنَةِ الأُنْثَى، فَلاَ يُشْتَرَطُ الإِسْلاَمُ إلاَّ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُرْتَدَّةً، لأَنَّهَا تُحْبَسُ وَتُضْرَبُ - كَمَا يَقُول الْحَنَفِيَّةُ - فَلاَ تَتَفَرَّغُ لِلْحَضَانَةِ.

أَمَّا غَيْرُ الْمُسْلِمَةِ - كِتَابِيَّةً كَانَتْ أَوْ مَجُوسِيَّةً - فَهِيَ كَالْمُسْلِمَةِ فِي ثُبُوتِ حَقِّ الْحَضَانَةِ، قَال الْحَنَفِيَّةُ: مَا لَمْ يَعْقِل الْمَحْضُونُ الدِّينَ، أَوْ يُخْشَى أَنْ يَأْلَفَ الْكُفْرَ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يُنْزَعُ مِنْهَا وَيُضَمُّ إلَى أُنَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، لَكِنْ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ إنْ خِيفَ عَلَيْهِ فَلاَ يُنْزَعُ مِنْهَا، وَإِنَّمَا تُضَمُّ

الْحَاضِنَةُ لجيرانٍ مُسْلِمِينَ لِيَكُونُوا رُقَبَاءَ عَلَيْهَا[١].

ثانيا- الْبُلُوغُ وَالْعَقْل: فَلاَ تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ لطفْلٍ وَلاَ لَمجْنُونٍ، أَوْ مَعْتُوهٍ، لأَنَّ هَؤُلاَءِ عَاجِزُونَ عَنْ إِدَارَةِ أُمُورِهِمْ وَفي حَاجَةٍ لَمِنْ يَحْضُنُهُمْ، فَلاَ تُوكَل إِلَيْهِمْ حَضَانَةُ غَيْرِهِمْ، وَهَذَا باتِّفَاقٍ فِي الْجُمْلَةِ حَيْثُ إِنَّ للْمَالِكِيَّةِ تَفْصِيلاً فِي شَرْطِ الْبُلُوغ[٢].

ثالثا- الأَمَانَةُ فِي الدِّين: فَلاَ حَضَانَةَ لِفَاسِقٍ، لأَنَّ الْفَاسِقَ لاَ يُؤْتَمَنُ، وَالْمُرَادُ: الْفِسْقُ الَّذِي يَضِيعُ الْمَحْضُونُ بِهِ، كَالاشْتِهَارِ بِالشُّرْبِ، وَالسَّرِقَةِ، وَالزِّنَى وَاللَّهْوِ الْمُحَرَّم، أَمَّا مَسْتُورُ الْحَالِ فَتَثْبُتُ لَهُ الْحَضَانَةُ. قَال ابْنُ عَابِدِينَ: وَالْحَاصِل أَنَّ الْحَاضِنَةَ إِنْ كَانَتْ فَاسِقَةً فِسْقًا يَلْزَمُ مِنْهُ ضَيَاعُ الْوَلَدِ عِنْدَهَا سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِلاَّ فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ إِلَى أَنْ يَعْقِل الْوَلَدُ فُجُورَ أُمِّهِ فَيُنْزَعُ مِنْهَا، وَقَال الرَّمْلِيُّ: يَكْفِي مَسْتُورُهَا أَيْ مَسْتُورُ الْعَدَالَةِ. وَقَال الدُّسُوقِيُّ: وَالْحَاضِنُ مَحْمُولٌ عَلَى الأَمَانَةِ حَتَّى يَثْبُتَ عَدَمُهَا[٣].

رابعا- الْقُدْرَةُ عَلَى الْقِيَامِ بِشَأْنِ الْمَحْضُون: فَلاَ حَضَانَةَ لِمَنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ ذَلِكَ لِكِبَرِ سِنٍّ، أَوْ مَرَضٍ يَعُوقُ عَنْ ذَلِكَ، أَوْ عَاهَةٍ كَالْعَمَى وَالْخَرَسِ وَالصَّمَم، أَوْ كَانَتِ الْحَاضِنَةُ تَخْرُجُ كَثِيرًا لِعَمَلٍ أَوْ غَيْرِهِ وَتَتْرُكُ الْوَلَدَ ضَائِعًا، فَكُل هَؤُلاَءِ لاَ حَضَانَةَ لَهُمْ إِلاَّ إِذَا كَانَ لَدَيْهِمْ مَنْ يُعْنَى بِالْمَحْضُونِ، وَيَقُومُ عَلَى شُؤُونِهِ، فَحِينَئِذٍ لاَ تَسْقُطُ حَضَانَتُهُمْ[٤].

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٥٥-٥٥٦)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٩)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٥)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٨).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٥٥)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٨)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٥)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٨).

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٥٦-٥٥٧)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٨-٥٢٩)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٥)، ونهاية المحتاج: (٧/ ٢٢٩)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٨).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٥٧)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية

خامسا- أَلاَّ يَكُونَ بِالْحَاضِنِ مَرَضٌ مُعْدٍ، أَوْ مُنَفِّرٌ يَتَعَدَّى ضَرَرُهُ إِلَى الْمَحْضُونِ: كَالْجُذَامِ، وَالْبَرَصِ وَشَبَهِ ذَلِكَ مِنْ كُلِ مَا يَتَعَدَّى ضَرَرُهُ إِلَى الْمَحْضُونِ[1] .

سادسا- الرُّشْدُ: وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ، فَلاَ حَضَانَةَ لِسَفِيهٍ مُبَذِّرٍ لِئَلاَّ يُتْلِفَ مَال الْمَحْضُونِ[2].

سابعا- أَمْنُ الْمَكَانِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَحْضُونِ الَّذِي بَلَغَ سِنًّا يُخْشَى عَلَيْهِ فِيهِ الْفَسَادُ، أَوْ ضَيَاعُ مَالِهِ: فَلاَ حَضَانَةَ لِمَنْ يَعِيشُ فِي مَكَانٍ مَخُوفٍ يَطْرُقُهُ الْمُفْسِدُونَ وَالْعَابِثُونَ. وَقَدْ صَرَّحَ بِهَذَا الشَّرْطِ الْمَالِكِيَّةُ[3].

ثامنا- عَدَمُ سَفَرِ الْحَاضِنِ أَوِ الْوَلِيِّ سَفَرَ نُقْلَةٍ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِي (مَكَانُ الْحَضَانَةِ)[4].

وَأَمَّا الشُّرُوطُ الْخَاصَّةُ بِالْحَوَاضِنِ مِنَ النِّسَاءِ فَهِيَ:

أولا - أَلاَّ تَكُونَ الْحَاضِنَةُ مُتَزَوِّجَةً مِنْ أَجْنَبِيٍّ مِنَ الْمَحْضُونِ: لأَنَّهَا تَكُونُ مَشْغُولَةً بِحَقِّ الزَّوْجِ، وَقَدْ قَال النَّبِيُّ ﷺ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي، فَلاَ حَضَانَةَ لِمَنْ تَزَوَّجَتْ بِأَجْنَبِيٍّ مِنَ الْمَحْضُونِ، وَتَسْقُطُ حَضَانَتُهَا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ، وَبِالدُّخُول عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ، وَهُوَ احْتِمَالٌ لاِبْنِ قُدَامَةَ فِي الْمُغْنِي[5].

الدسوقي: (٢/ ٥٢٨)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٧)، وأسنى المطالب: (٣/ ٤٤٨)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٩).

(١) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٨)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٧)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٩).

(٢) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٩)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٧).

(٣) ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/٥٢٨).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٤)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٣١)، ومغني المحتاج: (٥/ ٢٠١)، والمغني: (١١/ ٤١٩).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٢)، وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٥)، والشرح

ثانيا - أَنْ تَكُونَ الْحَاضِنَةُ ذَاتَ رَحِم ومَحْرَم مِنَ الْمَحْضُونِ كَأُمِّهِ وَأُخْتِه: فَلاَ حَضَانَةَ لِبَنَاتِ الْعَمِّ وَالْعَمَّةِ، وَالْخَالِ وَالْخَالَةِ، وَهَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ وَلَيْسَ هَذَا شَرْطًا عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ، وَصَرَّحَ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ لاَ تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ لِبِنْتِ الْعَمِّ عَلَى الذَّكَرِ الْمُشْتَهَى، وَهُوَ قَوْلٌ نَقَلَهُ ابْنُ عَابِدِينَ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ[1].

ثالثا - أَلاَّ تُقِيمَ الْحَاضِنَةُ بِالْمَحْضُونِ فِي بَيْتِ مَنْ يُبْغِضُ الْمَحْضُونَ وَيَكْرَهُهُ: كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتِ الأُمُّ وَأَخَذَتْهُ أُمُّ الأُمِّ، وَأَقَامَتْ بِالْمَحْضُونِ مَعَ الأُمِّ فَحِينَئِذٍ تَسْقُطُ حَضَانَةُ أُمِّ الأُمِّ إِذَا كَانَتْ فِي عِيَالِ زَوْجِ الأُمِّ، وَهَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ. وَهُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ[2].

رابعا - أَلاَّ تَمْتَنِعَ الْحَاضِنَةُ عَنْ إِرْضَاعِ الطِّفْلِ إِذَا كَانَتْ أَهْلاً لَهُ، وَكَانَ مُحْتَاجًا لِلرَّضَاعِ: وَهَذَا فِي الصَّحِيحِ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ[3].

وَأَمَّا الشُّرُوطُ الْخَاصَّةُ بِالْحَاضِنِينَ مِنَ الرِّجَالِ فَهِيَ:

أولا - أَنْ يَكُونَ مَحْرَمًا لِلْمَحْضُونِ إِذَا كَانَتِ الْمَحْضُونَةُ أُنْثَى مُشْتَهَاةً: فَلاَ حَضَانَةَ لاِبْنِ الْعَمِّ لأَنَّهُ لَيْسَ مَحْرَمًا، وَلأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُهَا فَلاَ يُؤْتَمَنُ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْمَحْضُونَةُ صَغِيرَةً لاَ تُشْتَهَى، وَلاَ يُخْشَى عَلَيْهَا فَلاَ تَسْقُطُ حَضَانَةُ ابْنِ عَمِّهَا.

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَهَاةِ غَيْرُ ابْنِ الْعَمِّ، وُضِعَتْ عِنْدَ أَمِينَةٍ يَخْتَارُهَا ابْنُ الْعَمِّ، كَمَا يَقُول

الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٩)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٢٧)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٦)، وأسنى المطالب: (٣/ ٤٤٨)، والمغني: (١١/ ٤٢٠-٤٢١)، والإنصاف: (٩/ ٤٢٤-٤٢٥)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٩).

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤١)، والاختيار: (٤/ ١٥)، وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٣-٥٦٤)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٣-١٩٤)، وأسنى المطالب: (٣/ ٤٥٢)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٢٧)، والمغني: (١١/ ٤٢٦).

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٥)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٢٢).

(٣) ينظر: مغني المحتاج: (٥/ ١٩٧).

الشَّافعيَّةُ وَالْحَنَابلَةُ، أَوْ يَخْتَارُهَا الْقَاضِي كَمَا يَقُول الْحَنَفِيَّةُ إِذَا لَمْ يَكُن ابْنُ عَمِّهَا أَصْلَحَ لَهَا، وَإِلاَّ أَبْقَاهَا الْقَاضِي عِنْدَهُ، وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ يَسْقُطُ حَقُّ الْحَضَانَةِ لِغَيْرِ الْمَحْرَم.

وَأَجَازَ الشَّافِعِيَّةُ أَنْ تُضَمَّ لاِبْنِ عَمِّهَا إِذَا كَانَتْ لَهُ بِنْتٌ يُسْتَحَى مِنْهَا، فَإِنَّهَا تُجْعَل عِنْدَهُ مَعَ بِنْتِهِ[1].

ثانيا- يَشْتَرِطُ الْمَالِكِيَّةُ لِثُبُوتِ الْحَضَانَةِ لِلذَّكَرِ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُ مِنَ النِّسَاءِ مَنْ يَصْلُحُ لِلْحَضَانَةِ:

كَزَوْجَةٍ أَوْ سُرِّيَّةٍ أَوْ أَمَةِ خِدْمَةٍ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ لِذَلِكَ أَوْ مُتَبَرِّعَةٍ بِهِ[2].

المطلب الثاني: شروط ثبوت الحضانة للحاضن في قانون الأحوال الشخصية العراقي

نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) على ما يأتي :

م (٥٧): ف (٢): (يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون)[3].

اشترط القانون في الحاضنة لاستحقاق الحضانة ما يأتي:

١- أن تكون بالغة: فإذا لم تكن بالغة فهي تحتاج إلى الحضانة والرعاية .

٢- أن تكون عاقلة: أما إذا كانت مجنونة أو معتوهة فهي أيضا ممن تحتاج إلى الرعاية وهذا فضلا على ما يخشى على الصغير من خطورة تصرفاتها عليه. وهذا المنع يشمل

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٣)، وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٤)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٢٧)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٣-١٩٤)، وكشاف القناع: (٥/ ٤٩٧) .

(٢) ينظر: منح الجليل: (٤/ ٤٢٧)، والشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٩) .

(٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤١) .

أيضا من كان جنونها بصورة غير مستمرة .

٣- أن تكون أمينة: بأن لاتكون سيئة السلوك والخلق بصورة يخشى على الصغير التأثر بها.

٤- أن تكون قادرة على تربية المحضون وصيانته . فإذا كانت مصابة بمرض يمنعها من القيام بشؤون الصغير، وكذلك إذا كانت كبيرة في السن بحيث لاتستطيع القيام بشؤون المحضون، أو كانت تحترف عملا يستغرق أكثر وقتها دون أن يكون لها من ينوب عنها في رعاية الصغير لحين عودتها من العمل، وكذلك لا تكون الحاضنة قادرة على رعاية المحضون ومن ثم تسقط حضانتها إذا قضت أكثر وقتها خارج البيت وتركت المحضون لدى الجيران[1].

ولاشك أن جميع الشروط المتقدمة شروط شرعية ذكرها الفقهاء ضمن الشروط العامة في النساء والرجال منها ما هو منضبط كالعقل والبلوغ، ومنها ما هي نسبية واحتمالية يرجع تقديرها إلى القضاء كالأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته.

(١) ينظر: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، للدكتور: فاروق عبد الله كريم: (٢٦٥-٢٦٦) .

المبحث السادس
مدة الحضانة وانتهاؤها في الشريعة والقانون

وفيه: مطلبان

المطلب الأول: مدة الحضانة وانتهاؤها في الشريعة الإسلامية

من المقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال في الجملة، وأن الحضانة على الصغار تبدأ منذ ولادة،فإِذَا كَانَ الطِّفْل بَيْنَ أَبَوَيْهِ فَإِنَّ حَضَانَتَهُ تَكُونُ لَهُمَا، وَتَنْتهي بِبُلُوغ الطِّفْل ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى،وَهَذَا عِنْدَ جُمْهُور الْفُقَهَاءِ (الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ). وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ تَكُونُ حَضَانَةُ الذَّكَرِ لِبُلُوغِهِ، وَالأُنْثَى لِدُخُول الزَّوْجِ بِهَا.

أَمَّا إِذَا افْتَرَقَ الأَبَوَانِ فَإِنَّ الْحَضَانَةَ تَكُونُ لِلأُمِّ أَوَّلاً عِنْدَ جَمِيعِ الْفُقَهَاءِ، ثم لمن يليها، لَكِنَّهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي وَقْتِ انْتهاء حَضَانَة النساء على الصغار، وبيان ذلك فيما يأتي:

١- مذهب الحنفية :

أن حضانة النساء على الغلام تظل حتى يستغني عن رعاية النساء له فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وقدر ذلك بسبع سنين - وبه يفتى - لأن الغالب الاستغناء عن الحضانة في هذه السن، وقيل تسع سنين.وتظل الحضانة على الأنثى قائمة حتى تبلغ بالحيض أو الاحتلام أو السن، وهذا كما في ظاهر الرواية إن كانت الحاضنة الأم أو الجدة، أما غير الأم والجدة فإنهن أحق بالصغيرة حتى تشتهى، وقدر بتسع سنين وبه يفتى.

وعن محمد أن الحكم في الأم والجدة كالحكم في غيرهما، فتنتهي حضانة النساء مطلقا - أما أو غيرها - على الصغيرة عند بلوغها حد الاشتهاء الذي قدر بتسع سنين، والفتوى على رواية محمد لكثرة الفساد.

فإذا انقضت حضانة النساء فلا يخير المحضون ذكرا كان أو أنثى بل يضم إلى الأب، لأنه لقصور عقله يختار من عنده اللعب، ولم ينقل أن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ خيروا وتظل ولاية الأب على الصغير والصغيرة إلى البلوغ، فإذا بلغ الغلام مستغنيا برأيه مأمونا عليه فيخير حينئذ بين المقام مع وليه، أو مع حاضنته، أو الانفراد بنفسه، وكذلك الأنثى إن كانت ثيبا أو كانت بكرا طاعنة في السن ولها رأي، فإنها تخير كما يخير الغلام. وإن كان الغلام أو الثيب أو البكر الطاعنة في السن غير مأمون عليهم لو انفردوا بأنفسهم بقيت ولاية الأب عليهم، كما تبقى الولاية على البكر إذا كانت حديثة السن، وكذلك الحكم بالنسبة للمعتوه تبقى ولاية الأب عليه إلى أن يعقل[1] .

٢- مذهب المالكية :

ذَهَبُوا إِلَى أَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلصَّغِيرِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَأَنَّ الأْمَّ أَحَقُّ بِهِمَا. وأن حضانة الذكر تبدأ من ولادته وتستمر إلى بلوغه، وتنقطع حضانته بالبلوغ ولو مريضا أو مجنونا على المشهور. وَيُقَابِل الْمَشْهُورَ مَا قَالَهُ ابْنُ شَعْبَانَ: إِنَّ أَمَدَ الْحَضَانَةِ فِي الذَّكَرِ حَتَّى يَبْلُغَ عَاقِلاً غَيْرَ زَمِنٍ.

أما الحضانة بالنسبة للأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها[2].

قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: إِذَا مَاتَ الأَبُ أَوْ طَلَّقَ يُتْرَكُ الْوَلَدُ فِي حَضَانَةِ الأُمِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ثُمَّ يُذْهَبُ بِهِ حَيْثُ شَاءَ وَالْجَارِيَةُ حَتَّى تَبْلُغَ النِّكَاحَ[3].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع: (٤/ ٤٢-٤٣)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار): (٣/ ٥٦٦-٥٦٨) .

(٢) ينظر: القوانين الفقهية: (١٤٩)، ومنح الجليل: (٤/ ٤٢٠-٤٢١)، وحاشية الدسوقي: (٢/ ٥٢٦) .

(٣) ينظر: المدونة: (٢/ ٢٥٨)، والتاج والإكليل: (٥/ ٥٩٣) .

٣- مذهب الشافعية :

إن الحضانة تستمر على المحضون حتى التمييز ذكرا كان المحضون أو أنثى،فإذا بلغ حد التمييز - وقدر بسبع سنين أو ثمان غالبا - فإنه يخير بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما دفع إليه، وإذا عاد واختار الثاني نقل إليه، وهكذا كلما تغير اختياره، لأنه قد يتغير حال الحاضن، أو يتغير رأي المحضون فيه بعد الاختيار، إلا إن كثر ذلك منه بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه، فإنه يجعل عند الأم ويلغى اختياره.

وإن امتنع المحضون عن الاختيار فالأم أولى، لأنها أشفق، واستصحابا لما كان، وقيل: أقرع بينهما، وإن اختارهما معا أقرع بينهما، وإن امتنع المختار من كفالته كفله الآخر، فإن رجع الممتنع منهما أعيد التخيير، وإن امتنعا وبعدهما مستحقان للحضانة كجد وجدة خير بينهما، وإلا أجبر عليها من تلزمه نفقته، وتظل الولاية عليه لمن بقي عنده إلى البلوغ. فإن بلغ، فإن كان غلاما وبلغ رشيدا ولي أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه، والأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما ويبرهما. قال الماوردي: وعند الأب أولى للمجانسة، نعم إن كان أمرد أو خيف من انفراده ففي كتاب العدة لابن الصباغ أنه يمنع من مفارقة الأبوين.

ولو بلغ عاقلا غير رشيد فأطلق مطلقون أنه كالصبي، وقال ابن كج: إن كان لعدم إصلاح ماله فكذلك، وإن كان لدينه فقيل: تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر، والمذهب أنه يسكن حيث شاء.

وإن كان أنثى، فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين، وبينهما إن كانا مجتمعين، لأنه أبعد عن التهمة، ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة، هذا إذا لم تكن ريبة، فإن كانت هناك ريبة فللأم إسكانها معها، وكذا للولي من العصبة إسكانها معه إذا كان محرما لها، فإن لم يكن محرما لها فيسكنها في موضع لائق بها

ويلاحظها دفعا لعار النسب. وإن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل الذي قيل في الغلام.

أما المجنون والمعتوه فلا يخير وتظل الحضانة عليه لأمه إلى الإفاقة[1].

٤- مذهب الحنابلة:

والحكم عند الحنابلة في الغلام أنه يكون عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة، فإذا بلغ الغلام سبع سنين واتفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، لأن الحق في حضانته إليهما، وإن تنازعا فيه خيره الحاكم بينهما فكان مع من اختار منهما، أما الأنثى فإنها إذا بلغت سبع سنين فلا تخير وإنما تكون عند الأب وجوبا إلى البلوغ، وبعد البلوغ تكون عنده أيضا إلى الزفاف وجوبا ولو تبرعت الأم بحضانتها، والمعتوه ولو أنثى يكون عند أمه ولو بعد البلوغ لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك[2].

٥- مذهب الظاهرية:

الْأُمُّ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ الصَّغِيرِ وَالِابْنَةِ الصَّغِيرَةِ حَتَّى يَبْلُغَا الْمَحِيضَ، أَوْ الِاحْتِلَامَ، أَوْ الْإِنْبَاتَ مَعَ التَّمْيِيزِ، وَصِحَّةِ الْجِسْمِ... وَالْأُمُّ الْكَافِرَةُ أَحَقُّ بِالصَّغِيرَيْنِ مُدَّةَ الرَّضَاعِ، فَإِذَا بَلَغَا مِنْ السِّنِّ وَالِاسْتِغْنَاءِ مَبْلَغَ الْفَهْمِ فَلَا حَضَانَةَ لِكَافِرَةٍ وَلَا لِفَاسِقَةٍ[3].

٦- مذهب الزيدية: مدة الحضانة عند الزيدية فيها قولان:

الأول: ذكر المدة محددة بالاستغناء، وبها يبين حدها من الأفعال والصفات.

والثاني: محدد بسبع سنين، وهذان القولان مشابهان لمذهب الحنفية.

أما من قال بالتحديد بصفات معينة، أبو العباس أحمد بن إبراهيم حيث قال: (حد

---

(١) ينظر: المهذب: (٣/ ١٦٤و١٦٨)، ومغني المحتاج: (٥/ ١٩٨-٢٠١)، وأسنى المطالب: (٣/ ٤٤٩-٤٥١).

(٢) ينظر: المغني: (١١/ ٤١٥-٤١٨)، وكشاف القناع: (٥/ ٥٠١-٥٠٣).

(٣) المحلى: (١٠/ ١٤٣).

الاستغناء أن يأكل ويشرب ويلبس بنفسه لأوقاتها كالعقلاء)[1]. وهو قول أبي طالب وعليه العمل في المذهب (متى استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم بالأنثى)[2].

وقال الشوكاني: (الأم الحرة أولى بولدها حتى يستغنى بنفسه أكلا وشربا ولباسا ونوما،... ومتى استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم بالأنثى، وبهما حيث لا أب)[3].

أما القائل بأن المدة ببلوغ سبع سنين فهو المؤيد بالله حيث قال: (بل ببلوغ السبع لتخيير علي عليه السلام عمارة بين أبيه وأمه، وغلاما بين أبويه، وكانا سباعيين ولم يخالفا)[4].

٧- مذهب الامامية:

مدة الحضانة عند الامامية تنقسم إلى مدتين : الأولى: مدة الرضاع، وهي سنتان حق مطلق للأم دون منازع سواء كان الرضيع ذكرا أو أنثى .

والثانية: ما بعد الرضاع (بعد السنتين) فالذكر تنتقل حضانته إلى الأب إلى البلوغ، والأنثى تبقى في حضانة الأم إلى سبع سنين في الأظهر ثم تنتقل حضانتها إلى الأب .

قال المحقق الحلي: (الأم أحق بالولد مدة الرضاع . وهي حولان، ذكرا كان أو أنثى... فإذا فصل فالوالد أحق بالذكر، والأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وقيل: تسعا، وقيل: الأم أحق بها ما لم تتزوج، والأول أظهر، ثم يكون الأب أحق بها)[5].

(هذا كله إذا كان الأبوان موجودين فان مات أحدهما كان الآخر أحق بالولد مطلقا - ذكرا كان أو أنثى - من جميع الأقارب إلى أن يبلغ، وكذلك الأم أحق من الوصي - أي

(١) البحر الزخار: (٤/ ٤٥٤) .
(٢) المصدر نفسه .
(٣) السيل الجرار: (٤٥٣و٤٥٧) .
(٤) البحر الزخار: (٤/ ٤٥٤) .
(٥) شرائع الإسلام: (٢/ ٢٩٧-٢٩٨) .

وصي الأب - بالابن وكذا بالبنت بعد السبع)[1] .

(وإذا بلغ الولد رشيدا، سقطت ولاية الأبوين عنه، وكان الخيار إليه في الانضمام إلى من شاء)[2].

لأنها ولاية، والبالغ الرشيد لا ولاية عليه لأحد، سواء في ذلك الذكر والأنثى، البكر والثيب لكن يستحب له أن لايفارق أمه خصوصا الأنثى إلى أن تتزوج [3] .

المطلب الثاني

مدة الحضانة وانتهاؤها في قانون الأحوال الشخصية العراقي

تبدأ الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي للذكر والأنثى من حين الولادة وتنتهي بأحد طريقين: الأول: أن تنتهي مدة الحضانة عشر سنين فيعود المحضون إلى أبيه حتى يكمل الخامسة عشرة من العمر .

الثاني: أن تمدد مدة الحضانة عند أمه إلى خمس عشرة سنة كأقصى حد للتأجيل .

وفي كلتا الحالتين يُخيّر المحضون عند إكماله الخامسة عشرة من العمر، في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر وحينئذ يصبح شخصا كامل الأهلية ولا ولاية لأحد عليه وله أن يستقل في إقامته مع من يشاء .

وقد نصت على الأحكام الآنفة الذكر الفقرتان (٤) و (٥) من المادة (٥٧) ونصهما كما يأتي: م (٥٧):ف (٤): (للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه،حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة

(١) الروضة البهية: (٥/ ٤٥٩) .

(٢) شرائع الإسلام: (٢/ ٢٩٨-٢٩٩) .

(٣) الروضة البهية: (٥/ ٤٦٣-٤٦٤) .

الصغير تقضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته)[١] .

م (٥٧): ف (٥): (إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار)[٢] .

فرع: انتهاء حضانة الأب: ذكرنا فيما تقدم أن الأب لا يمكن له أن يضم الصغير إليه من حاضنته قبل أن يتم العاشرة من عمره، فإذا أتم العاشرة فله ذلك بشرط أن تتوفر فيه شروط الحضانة، أما إذا فقد الأب شرطا من شروط الحضانة، أو مات، فان الأم تحتفظ بحضانة الصغير مادامت محتفظة بشروط الحضانة، وليس لجد الصغير لأب أو لعمه أو لغيرهم من الأقارب مطالبة الأم بضم الصغير إليه .

أما إذا فقدت الأم شرطا من شروط الحضانة عندئذ تقام عليها الدعوى لرفع حضانتها وذلك من قبل أحد أقارب الصغير إذا توفرت فيه شروط الحضانة .

وقد نص على الأحكام الآنفة الذكر البندان (أ) و (ب) من الفقرة (٩) من المادة (٥٧) ونصهما كما يأتي :

م (٥٧): ف (٩): البند (أ): (إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد)[٣] .

م (٥٧): ف (٩): البند (ب): (إذا مات أبو الصغير فيبقى لدى أمه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين [٤] .

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته :(٤١) .
(٢) المصدر نفسه
(٣) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته: (٤٢) .
(٤) المصدر نفسه

الخاتمة

بعد هذه الرحلة العلمية الممتعة في هذا البحث الموسوم بـ - أحقية حضانة الطفل عند الفرقة بين الزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي - يمكنني أن الخص أهم النتائج التي توصلت عليها من خلال البحث في النقاط الآتية :

١- الحضانة: مصدر من الفعل حضن، وهي قيام من له الحق بكفالة الصغير أو من هو بحكمه، لأجل حفظه ورعايته وتربيته بما يصلحه وصيانته وكفالته والقيام بمصالحه وتعهده بما يحتاجه من منافع، ويبعده عن الضرر والهلاك حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه .

٢- إجماع العلماء على أن الأم أحق بحضانة ولدها ما لم تتزوج

٣- اختلاف العلماء في سقوط حضانة الأم لولدها بالنكاح على أربعة أقوال:

القول الأول: سُقُوطُهَا بِهِ مُطْلَقًا إذا كان الزوج أجنبيا، سَوَاءٌ أكَانَ الْمَحْضُونُ ذَكَرًا أَم أُنْثَى.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بالنِّكَاح بحَال، سَوَاءٌ كَانَ الْمَحْضُونُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى .

الْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّ الطِّفْلَ إنْ كَانَ بِنْتًا لَمْ تَسْقُط الحَضَانَةُ بِنِكَاحِ أُمِّهَا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا سَقَطَتْ.

الْقَوْلُ الرَّابِعُ: أَنَّهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ بِنَسِيبٍ مِنَ الطِّفْلِ لَمْ تَسْقُطْ حَضَانَتُهَا.

والقول الراجح ما ذهب إليه جمهور العلماء وهم أصحاب القول الأول: وهو سقوط حضانة الأم لولدها الصغير بزواجها من أجنبي، سواء أكانت مطلقة أم أرملة، وسَوَاءٌ أكَانَ الصغير ذَكَرًا أَم أُنْثَى .

بناءا على ما استدلوا به من أحاديث صريحة وسليمة، نحو قوله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي.

٤- أن حكم أحقية حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير هو نفس حكم أحقية حضانة الأم المطلقة لولدها الصغير عند جميع الفقهاء- ماعدا الإمامية - ، فإنهم لم يفرقوا في الحضانة بين الأم المطلقة أو الأرملة التي مات عنها زوجها، ولم أقف على حكم يخالف هذا، أما الإمامية: فعندهم حضانة الأم الأرملة لولدها الصغير ذكرا كان أو أنثى لاتسقط وان تزوجت.

٥- ما نص عليه القانون هو: أن الأم أحق بحضانة الولد من غيرها ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون

٦- ما نص عليه القانون هو: أن الأم الأرملة أحق بحضانة ولدها من أي من أقاربه من النساء أو الرجال في حالة موت الأب، وان تزوجت .

٧- إن الأَصْل في ترتيب المستحقين للحَضَانَةِ في الشريعة: أَنَّ الأُمَّ أَوْلَى النَّاس بِحَضَانَةِ الطِّفْل إِذَا كَمُلَتِ الشُّرُوطُ فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الأُمُّ مِنْ أَهْل الْحَضَانَةِ لِفِقْدَانِ جَمِيعِ الشُّرُوطِ فِيهَا أَوْ بَعْضِهَا، أَوِ امْتَنَعَتْ مِنَ الْحَضَانَةِ، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ، وَتَنْتَقِل الْحَضَانَةُ إِلَى مَنْ يَلِيهَا، وَهَكَذَا تَتَحَوَّل مِنَ الأَقْرَبِ إِلَى الأَبْعَدِ فِي الاِسْتِحْقَاقِ والْحَضَانَةُ تَكُونُ لِلنِّسَاءِ وَالرِّجَال مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ لَهَا، إِلاَّ أَنَّ النِّسَاءَ يُقَدَّمْنَ عَلَى الرِّجَال، لأَِنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَرْفَقُ، وَبِهَا أَلْيَقُ وَأَهْدَى إِلَى تَرْبِيَةِ الصِّغَارِ وإذا لم توجد النساء فالحضانة تُصْرَفُ إِلَى الرِّجَال لأَِنَّهُمْ عَلَى الْحِمَايَةِ وَالصِّيَانَةِ وَإِقَامَةِ مَصَالِحِ الصِّغَارِ أَقْدَرُ وَلِكُل أَهْل مَذْهَبٍ طَرِيقَةٌ خَاصَّةٌ فِي تَرْتِيبِ مُسْتَحِقِّي الْحَضَانَةِ بَعْدَ الأُمِّ وَمَنْ يُقَدَّمُ عِنْدَ الاِسْتِوَاءِ فِي الاِسْتِحْقَاقِ ،على أنهم يراعون القرب في الجملة في الجهة الواحدة، فجميع الفقهاء - ماعدا الظاهرية والامامية -

متفقون على أن الأحق بالحضانة بعد الأم هي أم الأم واختلفوا فيها وراء ذلك مَعَ مُرَاعَاةِ أَنَّ الْحَضَانَةَ لاَ تَنْتَقِل مِنَ الْمُسْتَحِقِّ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ إِلاَّ إِذَا أَسْقَطَ الْمُسْتَحِقُّ حَقَّهُ فِي الْحَضَانَةِ أَوْ سَقَطَتْ لِمَانِعٍ، وأما الظاهرية فيقدمون الأحوط والأوثق لمصلحة المحضون دينا ودنيا دون الالتزام بمراتب الحاضنين، والامامية يقدمون الأب بعد الأم.

٨- إن الأصل في ترتيب المستحقين للحضانة في القانون: الأم ثم الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وحينئذ تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة .

٩- يَشْتَرِطُ الْفُقَهَاءُ شُرُوطًا خَاصَّةً لاَ تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ إِلاَّ لِمَنْ تَوَفَّرَتْ فِيهِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ ثَلاَثَةٌ: شُرُوطٌ عَامَّةٌ فِي النِّسَاءِ وَالرِّجَال، وَشُرُوطٌ خَاصَّةٌ بِالنِّسَاءِ، وَشُرُوطٌ خَاصَّةٌ بِالرِّجَال.

١٠- يشترط القانونيون أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته.

١١- تبدأ الحضانة في الشريعة الإسلامية على الصغار منذ الولادة،فإِذَا كَانَ الطِّفْل بَيْنَ أَبَوَيْهِ فَإِنَّ حَضَانَتَهُ تَكُونُ لَهُمَا، وَتَنْتَهِي بِبُلُوغ الطِّفْل ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى،وَهَذَا عِنْدَ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ (الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ) . وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ تَكُونُ حَضَانَةُ الذَّكَرِ لِبُلُوغِهِ، وَالأُنْثَى لِدُخُول الزَّوْجِ بِهَا. امَّا إِذَا افْتَرَقَ الأَبَوَانِ فَإِنَّ الْحَضَانَةَ تَكُونُ لِلأُمِّ أَوَّلاً عِنْدَ جَمِيعِ الْفُقَهَاءِ، ثم لمن يليها، لَكِنَّهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي وَقْتِ انْتهاء حَضَانَة النساء على الصغار

١٢- تبدأ الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي للذكر والأنثى من حين الولادة وتنتهي بأحد طريقين:

الأول: أن تنتهي مدة الحضانة عشر سنين فيعود المحضون إلى أبيه حتى يكمل الخامسة عشرة من العمر .

الثاني: أن تمدد مدة الحضانة عند أمه إلى خمس عشرة سنة كأقصى حد للتأجيل .

وفي كلتا الحالتين يُخيّر المحضون عند إكماله الخامسة عشرة من العمر، في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر وحينئذ يصبح شخصا كامل الأهلية ولا ولاية لأحد عليه وله أن يستقل في إقامته مع من يشاء .



المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١- اختلاف الأئمة العلماء: تأليف: يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيبانيّ، أبو المظفر، عون الدين (المتوفى: ٥٦٠هـ)، المحقق: السيد يوسف أحمد ،الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت ،الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، عدد الأجزاء: ٢

٢- الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا) الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها) تاريخ النشر: ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م، عدد الأجزاء: ٥

٣- الاستذكار :المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ) تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠، عدد الأجزاء: ٩ .

٤- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٤ .

٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين أبو الحسن علي بن

سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ،عدد الأجزاء: ١٢.

٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،تأليف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي ،الطبعة: الثانية - بدون تاريخ ،عدد الأجزاء:٨.

٧- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: تأليف: الإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى(المتوفى :٨٤٠هـ) ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، طبعة ٢٠٠١م .

٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،تأليف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ،عدد الأجزاء: ٧ .

٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) ،الناشر: دار الحديث - القاهرة ،الطبعة: بدون طبعة ،تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م ،عدد الأجزاء: ٤ .

١٠- التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م ،عدد الأجزاء: ٨

١١- تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية .

١٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ ،تأليف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: ١٠٢١ هـ) ،الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ .

١٣- تهذيب اللغة، تأليف: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ) ،المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م ،عدد الأجزاء: ٨ .

١٤- الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تأليف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة ،الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م ،عدد الأجزاء: ٢٠ جزءا (في ١٠ مجلدات).

١٥- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام : تأليف: الشيخ محمد حسن النجفي (المتوفى: ١٢٦٦هـ)، الناشر: مؤسسة المرتضى العالمية - بيروت - لبنان، ودار المؤرخ العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

١٦- حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار: تأليف: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)الناشر: دار الفكر- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .عدد الأجزاء: ٦ .

١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)الناشر:دار الفكر،عدد الأجزاء :٤.

١٨- الدر المختار للحصفكي شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي: تأليف: محمد بن علي الملقب علاء الدين الحصفكي الدمشقي (المتوفى:١٠٨٨هـ)، الناشر: دار الفكر-

بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

١٩- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: تأليف: زين الدين الجبعي العاملي (الشهيد الثاني) (٩١١-٩٦٥)، جامعة النجف الدينية.

٢٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)

تحقيق: زهير الشاويش ،الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ،الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م ،عدد الأجزاء: ١٢.

٢١- الروضة الندية شرح الدرر البهية، تأليف: أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي (المتوفى: ١٣٠٧هـ)، الناشر: دار المعرفة، عدد الأجزاء: ٢

٢٢- زاد المعاد في هدي خير العباد، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م عدد الأجزاء: ٥ .

٢٣- سبل السلام، تأليف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: ١١٨٢هـ) ،الناشر: دار الحديث، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٢

٢٤- سنن أبي داود، تأليف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد ،الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت عدد الأجزاء: ٤.

٢٥- السنن الكبرى، تأليف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي

الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م

٢٦- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، الناشر: دار ابن حزم ،الطبعة: الطبعة الأولى، عدد الأجزاء: ١.

٢٧- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: تأليف: المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (٦٠٢هـ- ٦٧٦هـ)، تحقيق: عبد الحسين محمد علي .

٢٨- شرح الزركشي، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م، عدد الأجزاء:٧

٢٩- شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ٨ .

٣٠- شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تأليف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ ،عدد الأجزاء: ١٨ (في ٩ مجلدات).

– ٣١- صحيح البخاري:تأليف:محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي(ال متوفى:٢٥٦هـ)،المحقق:محمد زهير بن ناصر الناصر،الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ ،عدد الأجزاء: ٩.

– ٣٢- صحيح مسلم: تأليف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري

(المتوفى: ٢٦١هـ) المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، عدد الأجزاء: ٥.

٣٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري: تأليف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي(المتوفى:٨٥٢هـ)، الناشر: دار المعرفة – بيروت- ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، عدد الأجزاء: ١٣.

٣٤- كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تأليف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م، عدد الأجزاء: ١١.

٣٥- قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مطبعة عصام- بغداد، الطبعة الخامسة- ١٩٨٩م.

٣٦- القوانين الفقهية، تأليف: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ)، عدد الأجزاء: ١.

٣٧- كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء:٦ .

٣٨- لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) ،الناشر: دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة – ١٤١٤ هـ، عدد الأجزاء: ١٥.

٣٩- المبدع في شرح المقنع، تأليف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م عدد الأجزاء:٨ .

٤٠- المبسوط، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) ،الناشر: دار المعرفة – بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٣٠ .

٤١- المحلى بالآثار، تأليف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الفكر – بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، عدد الأجزاء: ١٢ .

٤٢- مختصر العلامة خليل، تأليف: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ)، المحقق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث/ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م، عدد الأجزاء: ١ .

٤٣- المدونة ، تأليف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٤

٤٤- المستدرك على الصحيحين، تأليف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ – ١٩٩٠، عدد الأجزاء: ٤.

٤٥- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل

مرشد،وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي ،الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى،١٤٢١ هـ-٢٠٠١ م

٤٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تأليف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت، عدد الأجزاء: ٢ (في مجلد واحد وترقيم مسلسل واحد) .

٤٧- مصنف عبد الرزاق، تأليف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣، عدد الأجزاء: ١١.

٤٨- المغني: تأليف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (٥٤١هـ - ٦٢٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، طبعة دار عالم الكتب ،المملكة العربية السعودية – الرياض، الطبعة الرابعة ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، الطبعة الخامسة ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

٤٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تأليف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، عدد الأجزاء: ٦ .

٥٠- المقدمات الممهدات: تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ،عدد الأجزاء: ٣

٥١- المنتقى شرح الموطإ، تأليف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة

- بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ)، عدد الأجزاء: ٧ .

٥٢- المنثور في القواعد الفقهية، تأليف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، عدد الأجزاء: ٣ .

٥٣- منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م، عدد الأجزاء:٩ .

٥٤- المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، عدد الأجزاء: ٣ .

٥٥- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تأليف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، عدد الأجزاء: ٦ .

٥٦- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، عدد الأجزاء: ٤٥ جزءا، الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ)، الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة .

٥٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، عدد الأجزاء: ٨ .

٥٨- نيل الأوطار، تأليف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني

(المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، عدد الأجزاء: ٨

٥٩- الهداية في شرح بداية المبتدي، تأليف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، عدد الأجزاء: ٤ .

٦٠- الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، تأليف: الدكتور أحمد الكبيسي، الناشر مكتبة السنهوري - بغداد - شارع المتنبي ،طبعة جديدة ٢٠١١.

٦١- الوسيط في المذهب، تأليف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، المحقق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، الناشر: دار السلام - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧، عدد الأجزاء: ٧.

٦٢- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، تأليف: الدكتور فاروق عبد الله كريم، طبع جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م .